

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POSTGRADO

**El Desencuentro de los paradigmas jurídico-
administrativos con los paradigmas político-económicos
caso la ley de contrataciones y adquisiciones del estado en
la coyuntura, 1998-2008**

TESIS

para optar el grado académico de Doctor en Derecho

AUTOR

José Alberto Retamozo Linares

ASESOR

Percy Peñaranda Portugal

Lima – Perú

2009

Para Ana María, mi esposa.

***EL DESENCUENTRO DE LOS PARADIGMAS JURÍDICO-
ADMINISTRATIVOS CON LOS PARADIGMAS POLÍTICO - ECONÓMICOS***

**CASO:
*LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO EN LA
COYUNTURA 1998-2008***

I. INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

II. PROBLEMA

PROBLEMA PRINCIPAL

PROBLEMA SECUNDARIO

III. OBJETIVOS

III.1. OBJETIVO PRINCIPAL

III.2. OBJETIVO SECUNDARIO

IV. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO II

SISTEMA DE HIPÓTESIS

I. HIPÓTESIS

I.1. HIPÓTESIS PRINCIPAL

I.2. HIPÓTESIS SECUNDARIA

II. OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

II.1. OPERACIONALIZACIÓN DE LA HIPÓTESIS PRINCIPAL

II.2. OPERACIONALIZACIÓN DE LA HIPÓTESIS SECUNDARIA

CAPÍTULO III

PRESENTACIÓN DEL MÉTODO

I. TIPO DE INVESTIGACIÓN

- II. DISEÑO
- III. TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE DATOS
- IV. ANÁLISIS

TESIS

SEGUNDA PARTE

EL CONTEXTO SOCIO-HISTÓRICO DE LOS PARADIGMAS

EL TRÁNSITO DE LA PREMODERNIDAD A LA MODERNIDAD Y LA VALIDEZ DEL ORDEN EN EUROPA OCCIDENTAL

CAPÍTULO I

DE LA HISTORIA COMÚN Y EL DESENCUENTRO DE EUROPA CONTINENTAL E INSULAR Y ESPAÑA

I. VALIDACIÓN DEL ORDEN: LA HISTORIA COMÚN Y EL DESENCUENTRO

I.1. La historia común

I.1.1. El Mundo Antiguo y la validación del Orden en las fuerzas de la naturaleza y en lo sobrenatural. El Derecho Natural Panteísta

i. Grecia

i.1. Organización social y política

i.2. Costumbre, Razón y Derecho Natural

ii. Roma

ii.1. La Monarquía

ii.2. La República

ii.3. El Imperio

ii.4. La decadencia

ii.4.1. El final de la antigüedad

iii. Las invasiones bárbaras

iii.1. El Derecho Romano-Germánico

iv. El Feudalismo y la validación del Orden en el Naturalismo Cristiano. El Derecho Natural Trascendental

iv.1. La revolución papal (s. XI-XII)

iv.2. La crisis del Feudalismo y el ocaso del poder sacro

v. La historia del desencuentro. La Modernidad y el Derecho Natural Racional y el Antiguo Régimen

v.1. El Antiguo Régimen

v.2. El Derecho Natural Racional y el Desencuentro

v.3. El ocaso del Derecho Natural Racional

II. LAS DOS MODERNIDADES DE OCCIDENTE

II.1. La Modernidad de Europa Occidental Continental e Insular sin España

II.2. La Modernidad Ibérica

II.3. La elección ibérica. De los Habsburgo a los Borbones

TERCERA PARTE

MARCO TEÓRICO DE LOS PARADIGMAS

CAPÍTULO I

DEFINIENDO AL PARADIGMA

DE LA CONFIGURACIÓN Y CRISIS DEL PARADIGMA AL PARADIGMA DE TRANSICIÓN Y AL CRUCE DE PARADIGMAS

I. MARCO CONCEPTUAL DE LOS PARADIGMAS

I.1. De la Iniciación, consolidación y crisis de los Paradigmas

I.2. De la persistencia de lo antiguo en lo nuevo en la crisis y cambio de Paradigma

I.3. De los paradigmas en los períodos de transición social y el cruce de paradigmas. La explicación teórica del desencuentro

CAPÍTULO II

DEL PARADIGMA MEDIEVAL AL PARADIGMA DE LA PRIMERA FASE DE LA MODERNIDAD. LOS SIGLOS XVI AL XVIII

I. EL PARADIGMA MEDIEVAL. LA ESCOLÁSTICA

I.1. El Escolasticismo de Santo Tomás de Aquino como fundamento del Paradigma Medieval

I.1.1. La validación del Orden Trascendental

II. EL PARADIGMA DE LA PRIMERA FASE DE LA MODERNIDAD

II.1. El Paradigma de la Modernidad de Europa Continental e Insular. El Discurso de la Racionalidad Moderna en la coyuntura del Antiguo Régimen

- [illegible]

CAPÍTULO III

LOS PARADIGMAS DE LA SEGUNDA FASE DE LA MODERNIDAD DE EUROPA CONTINENTAL E INSULAR. LOS SIGLOS XVIII-XIX

EL PARADIGMA RACIONAL EVOLUCIONISTA Y EL PARADIGMA CONSTRUCTIVISTA

- I. EL PARADIGMA RACIONAL EVOLUCIONISTA Y RACIONAL CONSTRUCTIVISTA**
 - I.1. El Paradigma Racional Evolucionista. El Interés y el Orden Espontáneo en Adam Smith**
 - I.1.1. El sustrato del interés: La simpatía y la aprobación**
 - I.1.2. Interés, Intercambio y Mercado**
 - I.2. El Paradigma Racional Constructivista**
 - I.2.1. El Positivismo Sociológico. Saint Simon y Auguste Comte**
 - I.2.2. De Hegel a Marx**
 - i. La propuesta de Guillermo Federico Hegel**
 - ii. Carlos Marx**
 - ii.1. La creación de ideas**

CAPÍTULO IV

LOS PARADIGMAS DE LA TERCERA FASE DE LA MODERNIDAD. LOS SIGLOS XIX-XX

**LA PROYECCIÓN DEL PARADIGMA RACIONAL EVOLUCIONISTA Y DEL
PARADIGMA CONSTRUCTIVISTA**

- I. EL RACIONALISMO EVOLUCIONISTA Y LA CRÍTICA AL RACIONALISMO CONSTRUCTIVISTA. LA PROPUESTA DEL RACIONALISMO EVOLUCIONISTA: INTERÉS Y EXPECTATIVAS**
 - I.1. La crítica al constructivismo cartesiano**
 - I.2. El Orden Espontáneo, Derecho, Expectativas y Mercado**
 - I.3. El Intercambio. Las normas del Orden Espontáneo, las normas de Organización y las Expectativas**
 - I.4. Las normas de organización deliberada. Derecho Público y contratos administrativos**
- II. El Racional Constructivismo en Max Weber y Jurgen Habermas**
 - II.1. Max Weber y el Discurso de la Racionalidad Moderna**
 - II.1.1. De la Acción a la Acción Social**
 - II.1.2. De la Acción Social a la Relación Social**
 - II.1.3. La Ruta del Derecho. Costumbre y Situación de Intereses**
 - II.1.4. La Ruta del Derecho. Relaciones Sociales, Orden: Validez y Legitimidad**
 - II.1.5. Denominación del Orden: Convención y Derecho. La validez del Orden y la Situación de Intereses, las probabilidades calculables**
 - i. La Relación Jurídica**
 - II.1.6. Poder, Dominación y Estado**
 - i. Tipos de Dominación Legítima**
 - II.1.7. La Relación entre Derecho, Garantía Jurídica y Economía**
 - II.1.8. Preceptos Jurídicos y Expectativas de Conducta Sociológica y Economía**
 - II.2. Jurgen Habermas y la Teoría de la Acción Comunicativa**
 - II.2.1. Lo Racional, la Racionalidad y la Racionalización**
 - i. Lo Racional**
 - ii. La Racionalidad**
 - iii. La Racionalización**

II.2.2. Las Distintas Formas de Acción

- i. De la Acción Teleológica a la Acción Estratégica**
- ii. La Acción Regulada por Normas**
- iii. La Acción Dramatúrgica**
- iv. La Acción Comunicativa**
 - iv.1. Las razones en la Acción Comunicativa**
 - iv.2. La Libertad en la Acción Comunicativa. La Libertad Comunicativa**
 - iv.3. La Acción Comunicativa y su relación con la Acción con Arreglo a Fines y la Acción Estratégica. Intereses y expectativas**
 - iv.4. La Acción Comunicativa y la Acción Racional Regulada por Normas**

II.2.3. Dominación Legal y la Acción Regulada por normas

CUARTA PARTE

DE LA PROYECCIÓN DE LOS PARADIGMAS SOCIALES Y TEÓRICOS EN LA CONFIGURACIÓN DEL ESTADO Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. LOS PARADIGMAS Y EL PÉNDULO

CAPÍTULO ÚNICO

DEL PARADIGMA DEL ESTADO Y ADMINISTRACIÓN LIBERAL AL PARADIGMA DEL ESTADO Y ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y AL PARADIGMA DEL CONSENSO DE WASHINGTON

I. ANTECEDENTES

- I.1. El Estado y organización administrativa en el Paradigma Feudal**
- I.2. El Estado Absolutista como Estado de Transición y su organización administrativa. La propuesta de Maquiavelo**

II. DEL PARADIGMA DEL ESTADO Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA LIBERAL AL PARADIGMA DEL ESTADO Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA SOCIAL

II.1. El Paradigma del Estado Liberal

II.1.1. El Derecho Formal Burgués

II.1.2. La organización administrativa del Estado Liberal

- i. Dominación Legal, Mercado y Administración**

- ii. Administración y Estado Liberal
- iii. Interés, Intercambio, Mercado y la realización de los contratos

II.1.3. La crisis del Paradigma del Estado Liberal

III. EL PARADIGMA DEL ESTADO SOCIAL

III.1. El Derecho en el Estado Social

III.2. El Paradigma de la Administración Pública del Estado Social

III.3. La Libertad de contratación. Contratos y Mercado. Las Expectativas y las normas permisivas

III.4. Crítica al Estado y Administración del Estado Social

IV. EL PARADIGMA DEL CONSENSO DE WASHINGTON. EL NEOLIBERALISMO. LA VUELTA DEL PÉNDULO

QUINTA PARTE

EL DESENVOLVIMIENTO DE LOS PARADIGMAS DE EUROPA OCCIDENTAL EN AMÉRICA LATINA Y EL PERÚ DESDE LA INDEPENDENCIA HASTA FINALES DEL SIGLO XX

CAPÍTULO I

EL DESENVOLVIMIENTO DE LOS PARADIGMAS DE EUROPA OCCIDENTAL EN AMÉRICA LATINA

I. LA MODERNIDAD Y PARADIGMAS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS EN AMÉRICA LATINA

I.1. Los paradigmas políticos y económicos desde la Independencia hasta finales del siglo XIX

I.1.1. El Estado Oligárquico Latinoamericano

I.1.2. La Economía Post-colonial

- i. Los años siguientes a la Independencia. El siglo XIX

I.2. Los Paradigmas políticos y económicos de los albores del Siglo XX hasta la década del ochenta.

I.2.1. Del Paradigma del Estado Liberal- Oligárquico al Paradigma del Estado Populista

- i. El ocaso del Estado Oligárquico

- ii. La emergencia del Estado Populista
- iii. Del Paradigma del Populismo al Paradigma del Desarrollismo
- iv. El ocaso del Estado Desarrollista
- v. Del Ocaso del Desarrollismo al Paradigma del Consenso de Washington

CAPÍTULO II

EL DESENVOLVIMIENTO DE LOS PARADIGMAS DE EUROPA OCCIDENTAL Y DE AMÉRICA LATINA EN EL PERÚ DESDE LA INDEPENDENCIA HASTA FINALES DEL SIGLO XX

I. EL DESENVOLVIMIENTO DE LOS PARADIGMAS EN EL PERÚ DESDE LA INDEPENDENCIA HASTA FINALES DEL SIGLO XX

- I.1. Los paradigmas políticos y económicos desde la independencia hasta 1895
 - I.1.1. Los Liberales y los Autoritarios. El Primer Debate Paradigmático
 - I.1.2. La configuración del Paradigma económico primario exportador
- I.2. El Paradigma Liberal de la República Aristocrática. 1895-1919
 - I.2.1. El Paradigma Político-Liberal del Estado Oligárquico
 - I.2.2. El Paradigma Liberal – Exportador del Estado Oligárquico de la República Aristocrática
- I.3. La agonía del Estado Oligárquico
 - I.3.1. Política y economía del Estado Liberal-Promotor. El Oncenio
 - I.3.2. El Repliegue del Paradigma Liberal y el inicio del Paradigma del Estado Social - Interventor. De 1930 a 1948
 - I.3.3. El retorno del Liberalismo y el Paradigma del Estado Social. De 1948 a 1956

I.3.4. Entre el Paradigma Liberal y el Paradigma del Estado Social cepalino. De 1956 a 1968

I.3.5. El Populismo Militar y el Estado Social. De 1968 a 1980

I.3.6. Entre el Paradigma Liberal y el Paradigma del Estado Social, el neopopulismo. De 1980 a 1990

I.3.7. El Paradigma del Consenso de Washington. El Neoliberalismo

i. El problema del Derecho en el Paradigma del Consenso de Washington-Neoliberal. El Período de Transición

SEXTA PARTE

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

CAPÍTULO I

EL DESENCUENTRO DE LOS PARADIGMAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVOS CON LOS PARADIGMAS POLÍTICO-ECONÓMICOS Y SUS EFECTOS EN LA NORMATIVA DE CONTRATACIONES

I. HIPÓTESIS, CRITERIOS Y DEFINICIONES GENERALES PARA LA CONTRASTACIÓN

I.1. Hipótesis

I.2. Criterios y definiciones generales para la contrastación

II. LA INDEPENDENCIA, LAS LEYES DE INDIAS, LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

II.1. Las Leyes de Indias, y la Almoneda y la Junta de Almoneda

II.1.1. Los Remates, las Subastas y la Licitación

II.2. La Constitución de Cádiz

III. LA COYUNTURA DE 1821 A 1919. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL DESENCUENTRO ENTRE LIBERALES Y AUTORITARIOS Y ENTRE EL DISCURSO LIBERAL Y EL ESPÍRITU COLONIAL

III.1.1. La Modernización frustrada de las contrataciones estatales en la coyuntura 1821-1826

- III.1.2. La vigencia de los procedimientos contradictorios en el período 1828-1844. Entre la Ley de Indias y la Constitución de Cádiz.
- III.1.3. El ordenamiento de las contrataciones públicas en el marco de la Ley de Indias. La forma en que se contrató en la coyuntura 1845-1879
- III.1.4. El renacer del Estado y la República Aristocrática. La forma en que se contrató en el período 1883-1895
- III.1.5. La forma en que se contrató en la coyuntura de 1895-1919. La República Aristocrática
- IV. EL DESARROLLO DEL CAPITALISMO Y LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS. DEL LIBERALISMO AL INTERVENCIONISMO.
 - IV.1. El Oncenio. 1919-1930
 - IV.2. El Repliegue del Paradigma Liberal y el inicio del Paradigma del Estado Social - Interventor. La forma en que se contrató en la coyuntura 1930 a 1948
 - IV.3. El retorno del Liberalismo y el Paradigma del Estado Social. Las contrataciones y adquisiciones del Estado en la coyuntura 1948 – 1956
 - IV.4. Entre el Paradigma Liberal y el Paradigma del Estado Social cepalino. De 1956 a 1968
 - IV.5. El Populismo Militar y el Estado Social. De 1968 a 1980
 - IV.6. Entre el Paradigma Liberal y el Paradigma del Estado Social, el Neopopulismo. De 1980 a 1990
 - IV.7. El Liberalismo y el Consenso de Washington. 1990-2007
- V. CONSECUENCIA DE LA CONTRASTACIÓN

CAPÍTULO II

EL DESENCUENTRO DE LOS PARADIGMAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVOS CON LOS PARADIGMAS POLÍTICO-ECONÓMICOS Y SUS EFECTOS EN LAS EXPECTATIVAS DE LOS ACTORES POLÍTICOS

INCORPORADAS EN LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

I. HIPÓTESIS, CRITERIOS Y DEFINICIONES GENERALES PARA LA CONTRASTACIÓN

I.1. Hipótesis

I.2. Criterios y definiciones generales para la contrastación

II. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y LAS EXPECTATIVAS. ¿ES FACTIBLE ESTUDIAR LOS CONTRATOS A PARTIR DE LAS EXPECTATIVAS?

II.1. El dilema de la existencia o inexistencia de la autonomía de la voluntad en los contratos privados y administrativos

II.2. La Libertad, la Autonomía de la Voluntad y la Función Económica del Contrato privado y administrativo

II.3. La inexistencia de la Autonomía de la Voluntad en los Contratos Administrativos o la inexistencia de la Autonomía de la Voluntad en los contratos en general. Concluyendo o comenzando el Ensayo.

III. LA SIGNIFICACIÓN ECONÓMICA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN LA COYUNTURA 2001-2008

III.1. Número de entidades y monto de gasto presupuestado

III.2. Lugares donde se ejecuta el gasto en contrataciones y adquisiciones del Estado. ¿Dónde se gastó?

III.3. En qué se gastó?

III.4. Con quiénes se contrató?. Cuáles fueron los principales proveedores del Estado?

III.5. Interpretando los cuadros

IV. EL DESENVOLVIMIENTO DE LAS EXPECTATIVAS EN LA NORMATIVA DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

IV.1. La Metodología de análisis

IV.1.1. La Escuela Histórica y el Diario de los Debates

IV.2. Análisis de las Expectativas en la Ley N° 26850 y en el Decreto Legislativo N° 1017

IV.2.1. El Análisis del Diario de los Debates. La discusión previa a la promulgación de la Ley N° 26850

- i. Contexto del Debate Parlamentario**
- ii. Los argumentos políticos que sustentaron el Proyecto y la crítica al mismo**
- iii. El rol de la Contraloría General de la República**
- iv. La transparencia de las adjudicaciones directas y las exoneraciones**
- v. Cuestionamiento a la vigencia del Decreto Ley N° 25565. Evaluación Internacional de Procesos y a las compras de insumos por parte de las empresas del Estado a través de la adjudicación directa**
- vi. Los intereses de la Cámara de Comercio**
- vii. El incremento de los montos para Licitación Pública y Concurso Público**

IV.2.2. ¿Qué se discutió y qué se aprobó?

IV.2.3. La Escuela de la Exégesis y la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

- i. La norma aprobada**

IV.3. Las Expectativas en el Decreto Legislativo N° 1017

IV.3.1. El Perro del Hortelano

IV.3.2. La norma que se aprobó

- i. Excepciones a su aplicación**
- ii. Las Consultas y Observaciones**
- iii. La Apelación**
 - iii.1. La instancia única administrativa y el incremento de la discrecionalidad de la Entidad**

V. CONSECUENCIAS DE LA CONTRASTACIÓN DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Las ideas trascienden a las épocas y se mantienen vigentes en nuestro subconsciente, y en el subconsciente colectivo, a pesar de que consideremos que han sido superadas en razón de la modificación de las condiciones materiales de existencia y por el tiempo transcurrido. Por ello las mentalidades sociales persisten en el tiempo, resistiéndose tercamente a dejar su paso a las nuevas visiones colectivas que guardan correspondencia con la nueva forma de producir y vivir.

Esta investigación se enmarca en dicha reflexión general. Asumimos que el pasado siempre acompaña al presente, como el espíritu que se resiste a irse. Que las mentalidades sociales, la forma de pensar de una época, se mantiene vigente en la siguiente, por ello nos planteamos la interrogante inicial respecto de ¿cómo se exterioriza la correspondencia entre mentalidad social y condiciones materiales de existencia en un período histórico determinado?

Animados por esta preocupación inicial, que es de orden sociológico, buscamos, en nuestro quehacer sociojurídico, trasladar dicha reflexión al ámbito jurídico. ¿Es factible estudiar el Derecho como mentalidad social? ¿Puede darse en la norma del presente la persistencia de la ideología jurídica del pasado? ¿De qué forma la ideología jurídica contenida en la normativa se corresponde con el modelo político y económico en el que se desenvuelve?

Estas y otras interrogantes similares no dejaban de aparecer antes de iniciar la presente investigación. En este contexto, nuestra preocupación era como establecer y delimitar un tema nos permita insertarnos la problemática en cuestión. Luego de hacer la investigación exploratoria correspondiente determinamos que el tema sería “El desencuentro de los paradigmas jurídico-administrativos con los paradigmas político – económicos”, y el caso objeto de análisis se referiría a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en la coyuntura 1998-2008”, optamos por este tema específico debido a que considerábamos que en dicha Ley se venía exteriorizando con significativa relevancia el desencuentro de mentalidades con las condiciones materiales de existencia.

Establecido el tema y el problema procedimos a formular las hipótesis respectivas, definiendo nuestro correspondiente marco histórico y teórico. Así,

estructuramos la investigación con la siguiente secuencia expositiva: Presentamos en primer término el contexto socio-histórico de los paradigmas, la forma en que se validó el orden en Occidente, llegando a la modernidad; luego definimos a los paradigmas y la forma en que se desarrollaron en Occidente; posteriormente establecimos la forma en que se habían proyectado en la organización del Estado y de su organización administrativa, analizando el Paradigma del Estado Liberal y el Paradigma del Estado Social. Luego de concluida esta parte histórico-teórica continuamos la investigación estudiando el desenvolvimiento de los paradigmas de Occidente en América latina y el Perú, desde la independencia hasta finales del siglo XX; concluido este capítulo, finalmente avanzamos hacia la contrastación de nuestras hipótesis, llegando como consecuencia de la investigación efectuada a las conclusiones correspondientes.

El esfuerzo de análisis realizado en esta larga investigación nos ha permitido constatar que como país nunca tuvimos una política pública clara y definida en contrataciones estatales, que la coyuntura y los intereses de turno hicieron sumamente volátil a esta norma, y que mayormente adolecimos de correspondencia entre Paradigma político-económico con el jurídico-administrativo. Por ello, en las líneas que siguen se podrá apreciar como en un sistema normativo tan técnico, el ayer siempre estuvo presente.

Alberto Retamozo Linares

PRIMERA PARTE
PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El 28 de julio del 2006, en el Discurso de Orden, el Presidente de la República comunicaba al país que en los próximos 17 meses se ejecutaría *“un vigoroso programa de inversiones en agua potable, electrificación rural, carreteras, caminos vecinales, infraestructura educativa y hospitalaria, pequeñas irrigaciones y canales para aumentar el empleo y la capacidad productiva en las zonas rurales y especialmente en el sur del país. Este fondo para combatir la pobreza tendrá un monto aproximado de 5,000 millones de soles adicionales al presupuesto nacional”*.

Con este Lineamiento Programático se establecía una Política Pública de gasto en un plazo perentorio, después de lo cual correspondía a los demás órganos conformantes del Estado instrumentalizar la decisión política a través de la normativa correspondiente. Pero el tema de la ejecución del gasto no era ajeno a nuestra legislación, por cuanto se contaba con la normativa especial en contrataciones y adquisiciones del Estado, la misma que estaba por ingresar en una coyuntura jurídico-política en la se cuestionaría su vigencia y concepción.

En el cumplimiento del encargo, con seguridad, los operadores políticos debieron interrogarse sobre la utilidad de la normativa vigente para organizar y ejecutar la decisión política en el plazo establecido, y en la reflexión quizás recordaron el proceso contencioso de esta normativa en los últimos años. La voluntad de gasto tiene una pista sinuosa, por lo que sin ánimo de sustituir a quienes evocaron el presente y el pasado de las contrataciones públicas, en las líneas que siguen y a fin de ir precisando el problema de investigación recorreremos esta ruta recordando lo sucedido en este ámbito de la Gestión Pública en los últimos 27 años.

En 1980 se promulgó el Decreto Supremo N° 034-80-VC, por el que se aprobó Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (R.U.L.C.O.P.), dispositivo al que le siguió en 1985 el Decreto Supremo N° 065-85-PCM que aprobó el Reglamento Único de Adquisiciones (R.U.A.); normas que estuvieron vigentes hasta 1999, cuando, en el marco de una Economía de Mercado y de Ajuste Estructural, entró en vigencia la Ley N° 26850, promulgada el 21 de junio de 1997 “Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado” (Ley), y posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 039-98-PCM,

el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado(Reglamento).

La nueva Ley estableció el procedimiento administrativo a seguir tanto en la gestión de los procesos, comprendiendo en ello a los contratos, como en la solución de las controversias que entorno a ellos se suscitaban. Asimismo, creó el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE, Órgano rector en la materia, el que se constituía sobre la base del CONSULCOP (Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas), CONASUCO (Consejo Nacional Superior de Consultaría) y el CADELI (Consejo Departamental de Adquisiciones de Lima).

Desde antes de su promulgación y, después de ella, la Ley¹ y el Reglamento fueron afectados por constantes modificaciones. Así tenemos, en cuanto a la primera, que por Ley N° 27070 de fecha 19 de marzo de 1999 se modificó el Artículo 44°; mediante Ley N° 27148 del 1 de julio de 1999 se modificó la Segunda Disposición Final; mediante Ley N° 27330 del 26 de julio del 2000 se modificaron 41 artículos, 2 Disposiciones Transitorias y 3 Disposiciones Complementarias; mediante Ley N° 27738 del 28 de mayo del 2002 se modificó el Artículo 33°; por Ley N° 28267 del 26 de diciembre del 2004 se modificaron 35 y se adicionaron 4 artículos; y, finalmente, por Ley N° 28911 del 3 de diciembre de 2006 se modificaron 5 artículos. En cuanto al Reglamento, se puede decir que corrió no sólo la misma suerte que la Ley, sino que en este extremo su devenir fue agravado, ya que se le modificó sucesivamente desde el cambio sustancial del 13 de febrero del 2001 cuando, en términos reales por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM , se aprobó un nuevo Reglamento, después de lo cual fue modificado por los decretos supremos siguientes: N° 029-2001-PCM del 23 de marzo del 2001, N° 067-2001-PCM, del 20 de junio del 2001, N° 071-2001-PCM del 23 junio 2001, N° 079-2001-PCM del 3 de julio del 2001, N° 128-2001-PCM del 28 de diciembre del 2001, N° 011-2002-PCM del 12 de febrero del 2002, N° 063-2006-EF del 18 de mayo de 2006, N° 25-2006-EF del 21 de julio del 2006 y 148-2006-EF del 23 de setiembre de 2006, N° 028-2007 del 02 de marzo del 2007 y el N° 049-2007 del 27 de abril del 2007.

¹ La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se promulgó el 21 de junio de 1997 y entró en vigencia en 1999, periodo durante el cual fue modificada.

A este volátil marco legal se le agrega el hecho de que la Ley y su Reglamento son regulados, en forma indirecta por otras normas, directivas y precedentes emitidas por el CONSUCODE. Así, desde el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se emiten Acuerdos y Precedentes Vinculantes, mientras que el CONSUCODE formula Pronunciamientos², Reglamentos, Directivas, Consultas y hasta Comunicados; regulación a las que se le debe agregar la que emiten otros órganos del Estado - Congreso de la República, el Poder Ejecutivo o el Sistema Nacional de Control - tales como la Ley Anual de Presupuesto General de la República, la Ley General de Presupuesto, las Directivas de Tesorería, los Acuerdos del FONAFE, las Directivas Presupuestarias Municipales, la Ley del Sistema Nacional de Control, las Normas de Control³, la Guía de Auditoria de Procesos de Selección, las Directivas que al respecto emite la Contraloría General de la República, las normas generadas por el Ministerio de la Producción respecto a la producción nacional, las Sentencias del Tribunal Constitucional, etc.

En este contexto legal, caracterizado por lo engorroso del trámite y lo dilatado de los procesos de selección y solución de controversias, con seguridad los aludidos operadores políticos debieron concluir en que la instrumentalización de la decisión política del Presidente de la República devenía en inviable o se entendía que trascendería el plazo de 17 meses para ejecutar el gasto de los 5,000 mil millones de soles, que en términos reales vencía en enero del 2008; escenario ante el cual se les presentaban dos vías para concretizar la voluntad del poder político: podían declarar en emergencia o urgencia determinados ámbitos de la inversión pública, viabilizando la ejecución del gasto a través de la exoneración de procesos de selección, modalidad establecida en la cuestionada normativa vigente; o, plantear una legislación de excepción.

De acuerdo a lo actuado optaron por la segunda vía, generar una legislación de excepción, quizás entusiasmados por lo establecido en la Ley N° 22840, Ley de Fortalecimiento y Modernización de PETROPERÚ, promulgada en las postrimerías de la administración gubernamental saliente, por la que se crearon las condiciones para que una Empresa Pública tuviera una situación de

² Están a cargo de la Gerencia Técnico Normativa. En el 2002 fueron 180; en el 2003, 226; en el 2004, 287; y, en el 2005, 390 Pronunciamientos. Fuente: *Informe de Gestión Enero 2001-Diciembre 2005*. Consejo Superior de Contrataciones y adquisiciones del Estado - CONSUCODE. Págs. 53 a 63. www.consucode.gob.pe.

³ Derogaron a las Normas Técnicas de Control.

excepción respecto de la Ley y el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, disposición que condujo a que por Resolución N° 456-2006-CONSUCODE/PRE del 29 de octubre de 2006 se aprobara el Reglamento de Adquisiciones y Contrataciones de Petróleos del Perú S.A. y demás documentos complementarios, decisión que en el fondo significaba la flexibilización de la normativa y la posibilidad de crear situaciones especiales.

Así, teniendo como antecedente a la Ley N° 28840, se impulsó el surgimiento de nuevos procedimientos en contrataciones, los mismos que se constituían en vías alternas a la normativa especial vigente. La Racionalidad Política imponía urgencias que debían ser atendidas con nuevas modalidades de contrataciones y adquisiciones, impensadas hace algún tiempo y que a pesar de las declaraciones de lo coyuntural de las mismas, tenían vocación de permanencia.

En cumplimiento del discurso político, el 12 de agosto del 2006 se promulgó la Ley N° 28870, *“Ley para Optimizar la Gestión de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento”*, norma a través de la cual se declaró en situación de emergencia los proyectos de agua y desagüe para la prestación de servicios de saneamiento por un plazo de 365 días, y que fue desarrollada por Resolución Ministerial N° 559-2006-EF/15, referida a la autorización de la aplicación de contenidos mínimos adecuados de los perfiles de los proyectos de inversión pública en saneamiento declarados en emergencia. Seguidamente, el 9 de setiembre se promulgó la Ley N° 28880, *“Ley que Autoriza Crédito Suplementario en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2006”*, norma que entre otros aspectos reorientaba el gasto público, por cuanto la Primera Disposición Final de la misma suspendía lo dispuesto en la Novena Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 28635, Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2006, la que establecía como prioridades de atención los sectores establecidos en el Acuerdo Nacional (población rural); por otro lado esta norma, establecía la posibilidad de incrementar el gasto no financiero superior al 3% del PBI (Segunda Disposición Complementaria); exceptuaba al Programa Sierra Exportadora de lo establecido en el Artículo 8° literales g), e i) de la Ley N° 28652 Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2006, por lo

que podía comprar mobiliario de Oficina y Vehículos; se modificaba, para efectos de lo dispuesto en la Ley N° 28880, el tiempo de vigencia del Valor Referencial pudiendo tener una antigüedad de 6 meses; se disponía que la compra de equipos médicos y ambulancias se efectuara mediante la modalidad de Compras Corporativas; y, finalmente, se exoneraba a la Contraloría General de las normas de austeridad para la contratación de personal a fin de que efectuaran el control de las adquisiciones y contrataciones que se vayan a realizar en el marco de la normativa expuesta.

Posteriormente, el 25 de setiembre se promulgó el Decreto de Urgencia N° 024-2006, por el que se estableció un Procedimiento Especial denominado *“Proceso de Selección Abreviado”* (PSA) destinado a la adquisición de bienes, contratación de servicios y ejecución de obras relacionadas con las actividades y proyectos bajo el ámbito de la Ley N° 28880; y, el 28 de setiembre se promulgó el Decreto de Urgencia N° 025-2006 por el que se dictaron *“Medidas Extraordinarias en Materia de Prevención Referente al Fenómeno “El Niño”*”, disposición que atendiendo la emergencia que significaba dicho fenómeno climático, exoneraba de la aplicación de la Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, hasta el 31 de diciembre de 2006, a las entidades siguientes: Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento; Ministerio de la Producción; Ministerio de Salud; Ministerio de Transportes y Comunicaciones; Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social; Ministerio de Educación; Ministerio del Interior; Ministerio de Energía y Minas; Gobiernos Regionales y Locales.

Siguiendo con la ejecución de la voluntad de gasto, el 19 de octubre de 2006 se anunció el Shock Descentralizador, el que comprendía veinte medidas y la movilización de 3,500 millones de nuevos soles para los gobiernos regionales y locales; disposición política que fue complementada por el numeral 8.3 del Artículo 8° de la Ley N° 28939, que extendió hasta el 31 de julio de 2007 la vigencia de los D.U. N° 024, modificado por Ley N° 28979, *“Ley que Autoriza Crédito Suplementario en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2007”* para la continuidad de inversiones, publicada el 16 de febrero de 2007. Estábamos ante el shock de inversiones.

En este escenario, para noviembre del 2006 los funcionarios y servidores del Estado tenían para ejecutar el gasto público dos normas: La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que para aquella fecha ya había incorporado los procedimientos especiales de Subasta Inversa, Compras Corporativas, Convenio Marco de Precios, que se agregaban a los procedimientos clásicos como Licitación Pública, Concurso Público y todos los tipos de Adjudicaciones; y, el Decreto de Urgencia 024-2006, que establecía el Proceso de Selección Abreviado, impuesto por la realidad política, regulado no por la Ley, Reglamento o Directiva alguna, sino por un Decreto de Urgencia promulgado por un Gobierno que recién se estrenaba y que requería acciones rápidas para atender los urgentes problemas nacionales descritos por el Señor Presidente de la República en su Mensaje del 28 de Julio. El nuevo poder requería organizarse y se valió de una norma especial.

Posteriormente, en plena ejecución de las normas de excepción y de los Procesos de Selección Abreviados, en enero del 2007, el Señor Contralor informó al Señor Presidente de la República y a sus ministros, que el gasto había sido, por decir lo menos, insuficiente; después de lo cual se habló de ineficiencia y de obstruccionismos legales. Luego, a los pocos días de la frustración política, se iba el Presidente de CONSUCODE, Abogado de profesión y ex Funcionario de la Contraloría General de la República y llegaba al puesto un Economista, ex Gerente de la Bolsa de Productos, alguna vez víctima del CONSUCODE y del Tribunal Constitucional. Acto seguido, tanto el Ministro de Economía como el nuevo Titular del CONSUCODE se planteaban la necesidad de contar con una nueva Ley de Contrataciones y de reorganizar la Entidad, otorgándole un perfil más gerencial y menos normativista y, paralelamente se extendía el plazo de ejecución del gasto para el Shock de Inversiones.

Pero cuando las cosas ya estaban encaminadas, nuevamente emergió desde el fondo de la cruel realidad de la Administración Pública Nacional un problema recurrente, se cuestionaba la transparencia de una compra, la de las camionetas – patrulleros

adquiridas por el Ministerio del Interior en la modalidad del Proceso de Selección Abreviado y las ambulancias que había adquirido y las que adquiriría el Ministerio de Salud. Posteriormente, le siguieron las denuncias sobre la compra de 42 minibuses en el Poder Judicial y SEDAPAL. Ante la magnitud del problema el Presidente de la República anunció que para obtener la ansiada transparencia y eficiencia en las compras públicas se solicitaría ayuda al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), así como la asesoría en una nueva Ley de la materia.

Para efectos de apreciar la magnitud del problema y el impacto que estaba causando en la sociedad las denuncias sobre corrupción, hemos tomado los titulares de notas periodísticas del mes de marzo del 2006 del Diario El Comercio, Decano de la prensa peruana, caracterizado por la ponderación de las informaciones que publica, los mismos que citamos a pie de página⁴, donde se puede apreciar lo convulso que viene siendo el proceso de contrataciones y adquisiciones estatales.

En complemento de lo hasta aquí expuesto y a efectos de contar con un panorama completo de la problemática a investigar, consideramos que además se debe tener presente que entre los años 2001 al 2005, el Estado gastó en el rubro de contrataciones y adquisiciones en bienes, servicios

⁴ Sobre el particular, se publicaron los artículos siguientes:

- Boza Dibós, Beatriz. "Del consultor: Elaborar lista de infractores". El Comercio, Lima, 04 de marzo de 2007.
- "Ejecutivo trata de acabar con sobrevaloración en licitaciones". El Comercio, Lima, 04 de marzo de 2007.
- Unger, Tomás. "Del consultor: Adquisiciones: un sistema trabado". El Comercio, Lima, 04 de marzo de 2007.
- "Ineficiencia en compras genera pérdidas de S/.1.000 millones al año". El Comercio, Lima, 06 de marzo de 2007.
- "Compra de patrulleros queda en 'stand by'". El Comercio, Lima, 07 de marzo de 2007.
- "Compra de patrulleros abre cisma en Gabinete". El Comercio, Lima, 07 de marzo de 2007.
- "Ministro Vallejos no convenció en Comisión de Fiscalización". El Comercio, Lima, 07 de marzo de 2007.
- "Pilar Mazzetti no es corrupta, tampoco eficiente". El Comercio, Lima, 07 de marzo de 2007.
- "Gobierno cancela compra de patrulleros". El Comercio, Lima, 08 de marzo de 2007.
- "Empresa devolverá S/.11 millones por patrulleros". El Comercio, Lima, 08 de marzo de 2007.
- "Alistan nueva legislación sobre compras estatales". El Comercio, Lima, 09 de marzo de 2007.
- "Especificaciones técnicas ayudaron a empresa Manasa". El Comercio, Lima, 10 de marzo de 2007.
- "Sobrevaloraron algunas compras". El Comercio, Lima, 10 de marzo de 2007.
- "PNUD da un millón de dólares para mejorar compras estatales". El Comercio, Lima, 11 de marzo de 2007.
- "García pide hacer cuanto antes nueva licitación de patrulleros". El Comercio, Lima, 13 de marzo de 2007.
- "¿Qué esconde una licitación?". El Comercio, Lima, 14 de marzo de 2007.
- "Evalúan denunciar a Mazzetti por delitos de omisión y concertación". El Comercio, Lima, 14 de marzo de 2007.
- Contraloría alerta que es mejor anular que resolver contrato de patrulleros. El Comercio, Lima, 16 de marzo de 2007.
- "MEF mejorará la ley para tener un gasto eficaz". El Comercio, Lima, 18 de marzo de 2007.
- "Proponen norma para hacer más transparente gasto público". El Comercio, Lima, 18 de marzo de 2007.
- "Involucrar al PNUD es una tontería". El Comercio, Lima, 19 de marzo de 2007.
- "Del Castillo afirma que nueva ley para adquisiciones estatales beneficiará al Perú". El Comercio, Lima, 19 de marzo de 2007.
- "Ministerio de Economía evalúa reorganización del Consucode". El Comercio, Lima, 22 de marzo de 2007.
- "Sedapal cancela licitación que pudo causar sobrepago de US\$254.500". El Comercio, Lima, 26 de marzo de 2007.

y obras, en promedio, 4 mil millones de dólares⁵ anuales, lo que hace un total, hasta el 2006 de 24 mil millones de dólares; para el año 2007 cifra se incrementó a S/. 28, 828.5 millones de nuevos soles⁶ y para el año 2008 fue de S/. 40, 311 millones de nuevos soles⁷, montos significativos para una economía como la peruana, donde el Estado tiene un promedio histórico de gasto del 30% respecto del Presupuesto General de la República⁸.

Por otro lado y a fin de establecer si el centralismo también se reproduce a nivel de gasto público, tomando como referencia el año 2008 y como sustento al Informe del CONSUCODE respecto del gasto programado, hemos constatado a nivel país la siguiente distribución del gasto en millones de soles: Lima, S/. 9,292.5; Callao, S/. 1,062.7; Piura, S/. 724.9; Cajamarca, S/. 475.6; Arequipa, S/. 832.2; Loreto, S/. 720.8; Ucayali, S/. 460.5; Tumbes, S/. 188.3; Tacna, S/. 509.0; San Martín, S/. 331.7; Puno, S/. 702.7; Pasco, S/. 652; Moquegua, S/. 421.2; Madre de Dios, S/. 171.5; Lambayeque, S/. 1,228.7; La Libertad, S/. 623.9; Junín, S/. 651.1; Ica, S/. 476.6; Huánuco, S/. 289.2; Huancavelica, S/. 412.4; Cusco, S/. 1,273.6; Ayacucho, S/. 293.0; Amazonas, S/. 240.9; Apurímac, S/. 171.5; Ancash, S/. 1,597.3⁹. Si alguna vez queremos explicarnos el por qué del centralismo asfixiante que vive el Perú, podemos revisar los términos de la ejecución del gasto público.

Finalmente y para completar la descripción precedente debemos indicar que en el marco de la Ley materia de análisis el Estado ha suscrito, en promedio, durante el período 2001 – 2006, 850,000 contratos al año ó 4'250,000 contratos en cinco años, cifra que se incrementó significativamente durante el bienio 2007-2008, pero respecto de la cual no hemos podido obtener el dato exacto en los informes revisados; proceso en el que han participado, aproximadamente, 2850 entidades públicas¹⁰ e igual número de contratistas, constituidos por personas naturales o jurídicas, pudiendo estas últimas actuar en Consorcio.

⁵ Fuente: *Informe de Gestión Enero 2001-Diciembre 2005.CONSUCODE*. cit. Pág.10

⁶ Ver: Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. *Informe de Contrataciones Públicas. Demanda, Oferta y Ahorros Nominales 2007*. <http://www.consucode.gob.pe>. Págs. 5 y 14.

⁷ Ver: Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. *Informe de Contrataciones Públicas. Demanda, Oferta y Ahorros Nominales 2008*. <http://www.consucode.gob.pe>. Datos a setiembre de 2008. Págs. 6 y 18.

⁸ Contraloría General de la República, Presentación del Contralor General en el Seminario –Taller Internacional: La Contratación Estatal. Propuesta de Estrategias para Impulsar el Desarrollo con Transparencia y Equidad. 12 de diciembre de 2003.

⁹ Ver: Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. *Informe de Contrataciones Públicas. Demanda, Oferta y Ahorros Nominales 2008*, cit.

¹⁰ *Informe de Gestión Enero 2001-Diciembre 2005.CONSUCODE*. cit. Pág.10

El proceso descrito en las líneas precedentes nos ubica ante un panorama complejo, donde se articulan y combinan dimensiones como la Política, la Economía, el Derecho, las visiones de futuro, las expectativas de los actores, etc. Por ello, previamente a la formulación de las interrogantes que marcarán el devenir de la presente investigación y a fin de delimitar nuestro objeto de estudio, formularemos algunas conclusiones sobre lo fáctico.

Finalmente, como corolario del proceso descrito, en junio del 2008 se promulgó el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado y el Decreto Legislativo N° 1018, que creó el Sistema de Compras Públicas-PERÚ COMPRAS; y en enero del 2009 se promulgó el Decreto Supremo N° 194-EF-2009, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

La primera conclusión es que en este tipo de normativa se exterioriza la relación voluntad política – norma jurídica; una segunda conclusión es que estamos ante una norma administrativa sumamente volátil que exterioriza la inestable voluntad de los poderes e intereses que en ella se expresan; la tercera sería que estamos ante un espacio de gestión pública profusamente normado, donde los márgenes de discrecionalidad se restringen; la cuarta conclusión es la significación económica de la misma, estamos en uno de los ámbitos más importantes del gasto público; quinta es la constatación de la concentración del gasto; y la sexta es la constatación de la concreción de una gran cantidad de contratos administrativos y la significativa participación de actores públicos y privados.

En el contexto fáctico y conclusivo expuesto, emergen preocupaciones respecto a diversos aspectos que involucran la realización de las compras públicas, en particular en sociedades de capitalismo tardío como la nuestra, articuladas y dependientes de centros económicos y políticos de poder, dimensión que complejiza más el análisis; razón por la cual y a fin de no dispersar el estudio nos avocaremos a dos aspectos que consideramos sustanciales para explicar las demás dimensiones glosadas: los paradigmas y las expectativas.

Por ello y en el marco de la delimitación temática indicada nos planteamos como preocupación teórica aspectos que trascienden la coyuntura para ubicarse en el ámbito de la dimensión subjetiva de los

actores políticos y los términos de su relación con la esfera política y económica tanto a nivel de producción, circulación y cambio de mercancías e ideología, y nos formulamos el problema siguiente.

II. PROBLEMA

PROBLEMA PRINCIPAL

¿Qué efectos produce en la normatividad de contrataciones y adquisiciones del estado el desencuentro de los paradigmas jurídico-administrativos con los paradigmas político-económicos?

PROBLEMA SECUNDARIO

¿Qué efectos produce en las expectativas de los actores políticos, incorporadas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el desencuentro de los paradigmas jurídico-administrativos con los paradigmas político-económicos?

III. OBJETIVOS

III.1. OBJETIVO PRINCIPAL

Determinar de qué manera el desencuentro de los paradigmas jurídico-administrativos con los paradigmas político-económicos afecta la normatividad de contrataciones y adquisiciones del estado en el Perú.

III.2. OBJETIVO SECUNDARIO

Determinar de qué manera el desencuentro de los paradigmas jurídico-administrativos con los paradigmas político-económicos afectan las expectativas de los actores políticos incorporadas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

IV. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Justificar la presente investigación a partir de la conveniencia implica ubicarnos en el proceso de reforma del Estado peruano, el mismo que trasciende a los aspectos jurídico-normativos para incorporar a los subjetivos, proceso que involucra, por su materialidad, las contrataciones y adquisiciones estatales. En efecto, tal como hemos expuesto en los últimos años se ha venido debatiendo respecto de los procedimientos más convenientes para las contrataciones y

adquisiciones estatales, tema aún vigente, y que de cuando en cuando adquiere renovada vigencia sin tener un norte fijo.

En este contexto, y teniendo en cuenta el criterio expuesto en el primer párrafo, la investigación parte de la hipótesis de que en el ámbito de las contrataciones y adquisiciones estatales existiría un desencuentro de paradigmas que se exteriorizaría en la excesiva legislación y en la volatilidad de la misma; por lo que encontrándonos en un escenario signado por el debate, la perspectiva de la investigación, permitirá coadyuvar a un mejor análisis y toma de decisiones respecto de la normativa; y procedimientos para las contrataciones y adquisiciones del Estado.

En cuanto a la relevancia social, tal como hemos expuesto en el Planteamiento del Problema, la explicación de las constantes modificaciones de la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado ha venido siendo dada desde una perspectiva legal y organizacional; apreciación que ha obviado el enfoque de la mentalidad social y de las relaciones sociales.

La perspectiva teórico comprensiva y explicativa de la problemática referida, tiene un doble trascendencia. Por un lado, involucra a la gestión pública, por cuanto contribuirá a una mejor comprensión de un ámbito de gestión que sólo había sido tratado desde una visión organicista y exegetica; por otro lado, la investigación, al analizar la problemática desde la Sociología Jurídica, incorpora un ámbito nuevo de estudio, el de la Sociología Jurídica de los contratos administrativos, con lo que los beneficiarios de la investigación trasciende a la Gestión Pública para incorporar al ámbito académico.

En cuanto al valor teórico de la investigación debemos decir que esta tiene relación directa con la relevancia social de la misma. Así, además del aporte que significará al estudio sociojurídico de los contratos administrativos, en particular los relacionados con la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la investigación permitirá incorporar al análisis el entendimiento del Derecho como producto de las relaciones sociales y mentalidad social, así como las propuestas teóricas de Max Weber, Jurgen Habermas, Carlos Marx, Adam Smith, Friederich Hayek y Milton Friedman; autores que no han sido trabajados en el análisis de los contratos administrativos.

En relación a la viabilidad, debemos indicar que la presente investigación La presente investigación es viable por cuanto se cuenta con acceso a la

información necesaria para ejecutarla; asimismo, el tema planteado tanto a nivel teórico, como legal, es asequible al investigador.

Las consecuencias de la investigación se darán en dos ámbitos, el de gestión estatal y el académico. En el primero, permitirá contar con mejores elementos de juicio para analizar la normativa acotada, así como para plantear modificaciones sustantivas; en el segundo, coadyuvará a la generación de una nueva perspectiva de los contratos administrativos, la de la Sociología Jurídica.

CAPÍTULO II

SISTEMA DE HIPÓTESIS

I. HIPÓTESIS

I.1. HIPÓTESIS PRINCIPAL

“El ***desencuentro de los paradigmas*** jurídico-administrativos con los paradigmas político-económicos genera **excesiva regulación** en las contrataciones y adquisiciones estatales y **volatilidad en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado**”.

I.2. HIPÓTESIS SECUNDARIA

“El ***desencuentro de los paradigmas*** jurídico-administrativos con los paradigmas político-económicos afecta la coherencia de las **expectativas de los actores políticos** incorporadas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”.

II. OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

II.1. OPERACIONALIZACIÓN DE LA HIPÓTESIS PRINCIPAL

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADORES
Excesiva regulación	La regulación es el conjunto de reglas vigentes o aplicables a determinada situación social con implicancias jurídicas, la misma que se entiende que es excesiva cuando se encuentra normada por normas de distinta jerarquía jurídica generadas por diversos entes estatales generadores de normativa.	<u>Norma Jurídica</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Norma Jurídica de Derecho Público • Norma Jurídica de Derecho Privado • Normas aplicables
		<u>Jerarquía normativa</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución • Ley • Decreto de Urgencia • Decreto Supremo • Reglamento • Directiva
		<u>Producción legislativa</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Poder Legislativo • Poder Ejecutivo
		<u>Entes estatales</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Ministerios • Organismos Públicos Descentralizados • Organismos constitucionalmente autónomos
		<u>Procedimientos</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Procesos de Selección • Procedimiento para contratación

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADORES
Contrataciones y adquisiciones estatales	Es el procedimiento que involucra a los procesos de selección, suscripción y ejecución de contratos a través de los cuales el Estado adquiere bienes y servicios y ejecuta obras en atención al interés general, los mismos que se encuentran regulados por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.	<u>Procesos de selección</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Procesos de selección clásicos • Procesos de selección especiales • Proceso de selección abreviado • Estado • Postor
		<u>Contratos administrativos</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Antecedentes y evolución de las concepciones sobre las formas de contratar del Estado • Autonomía de la voluntad • Expectativas • Intereses • Discrecionalidad • Paradigmas administrativos • Paradigmas políticos • Paradigmas jurídicos • Paradigmas económicos
		<u>Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Diario de debates • Modificaciones • Expectativas • Intereses • Reglamento • Volatilidad • Excesiva regulación • Discrecionalidad

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADORES
Volatilidad de la Ley	La volatilidad de la Ley se refiere a la inestabilidad de la norma jurídica debido a las constantes modificaciones de que es objeto por parte del Congreso de la República, el Poder Ejecutivo comprendiéndose en este último a los ministerios y organismos públicos descentralizados, así como por parte organismos constitucionalmente autónomos.	<u>Congreso</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Modificaciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado • Ley de Presupuesto de la República
		<u>Poder Ejecutivo</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Propuestas de modificación • Decretos de Urgencia • Reglamento de la Ley • Modificaciones del Reglamento de la Ley
		<u>Organismos Públicos Descentralizados</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Directivas, Reglamentos, Pronunciamientos y Consultas del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado • Acuerdos y Precedentes vinculantes del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado
		<u>Organismos constitucionalmente autónomos</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Sentencia del Tribunal Constitucional • Directivas de la Contraloría General de la República

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADORES
Desencuentro de Paradigma	Es el conjunto de conocimientos y creencias que forman una visión del mundo o cosmovisión, en torno una teoría hegemónica en determinado periodo histórico. El Paradigma es una representación mental socialmente aceptada, la cual deviene en el marco conceptual de todo lo que pensamos, sentimos, hacemos y decimos. Es la manera a partir de la cual vemos la realidad, y por lo tanto es el sustrato que da lugar a nuestras acciones ¹¹ .	<u>Acción</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Acción social • Acción social con arreglo a fines • Acción social estratégica • Acción social con arreglo a normas
		<u>Racionalidad</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Racionalidad Jurídica • Derecho positivo • Racionalización • Racional Constructivista • Racional Evolucionista • Evolución
		<u>Modernidad</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Albores de la modernidad • El pensamiento premoderno • El pensamiento moderno • Derecho premoderno • Derecho moderno • Dimensiones de la modernidad • Capitalismo • Capitalismo tardío

¹¹ Kuhn, Thomas Samuel. La estructura de las revoluciones científicas. 2a ed. México, D.F. Fondo de Cultura Económica. 2004. 352 págs.

		<u>Tipos de paradigmas</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Paradigma de la edad media • Paradigma de la modernidad • Paradigma Jurídico • Paradigma Político • Paradigma Económico • Paradigma Administrativo • El Paradigma Ibérico • El Paradigma del Estado Liberal • El Paradigma del Estado Social • El Paradigma del Estado Populista • Paradigma del Estado • Oligárquico • Paradigma Desarrollista • El Paradigma del Consenso de Washington
		<u>Orden Jurídico</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Validación del Orden Jurídico • Derecho Natural Panteísta y la validación del orden • Derecho Natural Trascendental y la validación del orden • Derecho Natural Racional y la validación del Orden • Derecho Positivo y la validación del orden

II.2. OPERACIONALIZACIÓN DE LA HIPÓTESIS SECUNDARIA

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADORES
Desencuentro de los paradigmas	El desencuentro de paradigmas es la coexistencia en un mismo período histórico de dos o más paradigmas distintos donde ninguno es hegemónico, por lo que deviene en incapaz para convertirse en una visión consensuada del mundo o cosmovisión, no pudiendo por ello configurar representaciones mentales socialmente aceptadas.	<u>Paradigma Medieval</u>	<ul style="list-style-type: none"> • La filosofía escolástica • Santo Tomás de Aquino
		<u>Paradigma Liberal</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Liberalismo económico • Liberalismo Político • Crisis económica • Crisis del Estado Liberal • El Estado mínimo • Administración • Legislación • El Estado Oligárquico • Economía primerio exportadora
		<u>Paradigma del Estado Social</u>	<ul style="list-style-type: none"> • El asistencialismo • El intervencionismo económico • Crisis económica • Crisis del Estado Social • El Estado interventor • Administración • Legislación • El Estado Liberal • Economía de sustitución de importaciones
		<u>Paradigma Populista</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Crisis del Estado Oligárquico • El desarrollismo económico • Los sectores medios • El Estado Populista • Capitalismo tardío

		<u>Paradigma del Consenso de Washington</u>	<ul style="list-style-type: none"> • El Neoliberalismo • Crítica al Estado Social y al Estado Populista • El ajuste estructural • Liberalización de la economía • Reforma del Estado
		<u>Paradigma Político</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Modelo político • Ideología • Organización del Estado • Concepción jurídica
		<u>Paradigma Jurídico</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Administrativo • Medieval • Liberal • Del Estado Social • Del Estado Oligárquico • Del Estado Populista • Del Consenso de Washington

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADORES
Expectativas de los actores políticos	<p>Es la posibilidad de conseguir algo si se producen las condiciones para ello o si se participa de forma indicada para lograr el objetivo.</p> <p>Los actores políticos son los líderes políticos civiles o militares, los movimientos sociales, las instituciones públicas o privadas que adquieren protagonismo en la vida política nacional en un período histórico determinado</p>	<u>Acción</u>	<ul style="list-style-type: none"> • Acción Social • Acción social con arreglo a fines • Acción social estratégica • Acción Social con arreglo a fines • Racionalización • Racionalidad • Paradigmas
		Estado	<ul style="list-style-type: none"> • Interés • Estado Liberal • Estado Oligárquico • Estado Populista • Estado Asistencialista • Estado Desarrollista • Estado del Consenso de Washington • Administración Pública
		Clases sociales	<ul style="list-style-type: none"> • Golpe de Estado • Régimen de Facto • Oligarquía • Burguesía • Clase media
		Movimientos sociales	<ul style="list-style-type: none"> • Proletariado • Campesinado
		Líderes políticos	<ul style="list-style-type: none"> • Urbanos • Campesinos • Presidente • Caudillo Militar • Dirigentes populares

CAPÍTULO III

PRESENTACIÓN DEL MÉTODO

I. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El presente estudio es explicativo en razón que se analizó el desencuentro de los paradigmas jurídico-administrativos con los paradigmas político-económicos y luego se explicó sus efectos en la normatividad de contrataciones y adquisiciones del estado en el Perú. Asimismo, se explicó sus efectos en las expectativas de los actores políticos incorporadas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

II. DISEÑO

La investigación corresponde estudio de casos. El caso estudiado es la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en el período 1998 - 2008.

III. TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La técnica de recolección de datos utilizada en la presente investigación es el análisis documental.

IV. ANÁLISIS

Dada la naturaleza cualitativa de la investigación, el análisis comenzará con la organización de la información que se irá recogiendo a medida que se desarrolla la investigación. La tarea principal consistirá en formular categorías en las cuales se clasificará la información obtenida en el desarrollo del estudio.

TESIS

SEGUNDA PARTE

EL CONTEXTO SOCIO-HISTÓRICO DE LOS PARADIGMAS

EL TRÁNSITO DE LA PREMODERNIDAD A LA MODERNIDAD Y LA VALIDEZ DEL ORDEN EN EUROPA OCCIDENTAL

CAPÍTULO I

**DE LA HISTORIA COMÚN Y EL
DESENCUENTRO DE EUROPA
CONTINENTAL E INSULAR Y ESPAÑA**

I. VALIDACIÓN DEL ORDEN: LA HISTORIA COMÚN Y EL DESENCUENTRO

La presente investigación parte de las siguientes dos tesis: Europa Occidental tuvo una matriz común que se fracturó en los albores de la Modernidad, y que los paradigmas en ella hegemonizaron se configuraron a partir del fundamento de la validez del orden.

En razón de lo expuesto, en las líneas que siguen comenzaremos el desarrollo de la presente Tesis por la historia, tratando de hallar en los antecedentes y el devenir, en el tránsito de la pre-modernidad a la modernidad, las respuestas iniciales a nuestras hipótesis de trabajo.

I.1. La historia común

¿Cuál es la historia común de Europa Occidental y en qué momento concluyó? La Historia de Occidente es común, en sus inicios, en cuanto a la validación del orden, a la de los otros pueblos de la humanidad, por lo que existe una doble diferenciación, primero en relación con el resto de pueblos, y luego, respecto de Occidente. La validación del orden transitó desde el ámbito de lo sobrenatural y multiplicidad de deidades, a la de un solo dios, para terminar en la razón; proceso al que se articularon formas de organización social, económica y política que si marcaron diferencias con otras organizaciones sociales que existieron en otros ámbitos del mundo.

I.1.1. El Mundo Antiguo y la validación del Orden en las fuerzas de la naturaleza y en lo sobrenatural. El Derecho Natural Panteísta

En la antigüedad, la legitimación del Derecho era trascendente, por cuanto el fundamento último de validez se colocaba más arriba del soberano, en el ámbito de lo sobrenatural, escenario en el que las decisiones judiciales que resolvían las controversias se dictaban sin que sus autores tuvieran un concepto preciso de norma, por lo que la legitimidad de estas descansaba no sólo en la aceptación de las mismas, sino también en la absoluta santidad de ciertas prácticas cuyo desconocimiento acarreaba maleficios o producía la intranquilidad de los espíritus o la ira de los dioses¹², correspondiendo al mago, al sacerdote, al profeta o al

¹² *Es obligatorio conocerlas e interpretarlas correctamente de acuerdo con los usos, mas no es posible crearlas. Su interpretación corresponde a aquellos que primero las conocieron, es decir, a los ancianos, o a menudo también a los hechiceros y sacerdotes quienes, por su comercio profesional con los poderes mágicos, no pueden ignorar ciertas reglas técnicas de comunicación entre

hechicero, constituirse en operadores de la relación entre pretensión y norma¹³. Este fundamento trascendente fue la primera forma de producir y pensar el Derecho y constituye el origen del Derecho Natural¹⁴.

Este fue un proceso común a todas las organizaciones sociales de la antigüedad, es parte del devenir cultural de la humanidad, habiéndose articulado a una forma peculiar de proceso productivo y organización social, por lo que el estudio de una no puede obviar a la otra, por cuanto son dimensiones de un mismo proceso; pero para efectos de la presente investigación sólo nos detendremos en el que se articuló al desarrollo de Occidente.

i. Grecia

La civilización griega tiene como antecedentes a la cretense y Aquea. La civilización cretense se desarrolló en la Isla de Creta, en el Mediterráneo Oriental, habiendo sido una de las culturas más elevadas y antiguas de Europa que se mantuvo hasta el año 1400 a.c., para ser posteriormente sustituida por la Aquea, produciéndose luego la fusión con los egeos.

En el contexto de sustitución y fusión descrito, la civilización griega comenzó por el siglo XV a.c. (civilización Aquea) y terminó con la conquista romana a principios de nuestra era, lapso de tiempo donde transitó por los períodos siguientes: Aqueo,

los hombres y las fuerzas suprasensibles". Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica. México. Octava reimpresión, 1987. 1237 Págs. Pág. 518

¹³ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 519

¹⁴ Se le asume como "el conjunto de normas vigentes preeminentes frente al derecho positivo y con independencia de él, que no deben su dignidad a un establecimiento arbitrario, sino que por el contrario, legitiman la fuerza obligatoria de éste. Es decir, el conjunto de normas que valen no en virtud de provenir de un legislador legítimo, sino en virtud de cualidades puramente immanentes... El derecho natural es por ello la forma específica de legitimidad del ordenamiento jurídico revolucionariamente creado. La invocación al "derecho natural" ha sido siempre la forma en que las clases que se rebelaban contra el orden existente prestaban legitimidad a su anhelo de creación jurídica cuando no se apoyaban sobre la tradición o sobre normas religiosas positivas. ... los más diversos tipos de poderes autoritarios han pretendido también una legitimación "iusnaturalista". Ángel Russo, Eduardo. *Teoría General del Derecho en la Modernidad y en la Posmodernidad*. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, 1995. Pág. 37.

Tesis básicas de la filosofía iusnaturalista

El Derecho Natural sostiene conjuntamente estas dos tesis: **Una tesis de filosofía ética** que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana; **una tesis acerca de la definición del concepto de Derecho**, según la cual el sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de "jurídicos" si contradicen aquellos principios morales o de justicia".

Elementos comunes y características de las distintas versiones del Derecho Natural

1. **De corte ontológico.** Se refiere al Derecho en general, el mismo que aparece determinado en su contenido desde la esfera del Derecho natural, con lo que el Derecho Positivo obtiene su validación o justificación en el Derecho natural; "esta adecuación entre Derecho positivo y natural produce un Derecho justo";
2. **De corte epistemológico.** Es el conocimiento de ese Derecho, el mismo que en todas sus variantes puede ser conocido a través de la razón.

• Características del Derecho Natural

Principio de Universalidad. Es válido en todo tiempo y lugar para todo individuo.

Principio de Inmutabilidad. Encuentran su fundamento en algo superior al hombre, por lo cual los hombres no podrían cambiarlo. No están sujetos a las vicisitudes de la Historia.

Principio de Cognoscibilidad. Puede ser conocido por la razón. Ver: Ángel Russo, Eduardo. *Teoría General del Derecho en la Modernidad y en la Posmodernidad*. Ob. Cit. Pág. 37.

comprende los siglos XV al XII a.c.; Homérico, que va desde el siglo XI al VIII a.c., es la época de los grandes poemas como la Ilíada y la Odisea, corresponde a la llamada Edad Media griega, surgida como consecuencia de las invasiones de los dorios; Arcaico, que comprende los siglos VIII al VI a.c., es la etapa de la expansión griega a través del mundo mediterráneo y en la que se constituye en civilización intelectual y se fija la organización legal de la Ciudad; Clásico, que abarca los siglos V al IV a.c.; y el período helenístico que va desde el siglo IV al I a.c., Grecia helenística que fue conquistada por los romanos, a los que transmitió su civilización.

De los períodos descritos, quisiéramos ampliarnos en los tres últimos¹⁵, que se vinculan a la expansión de Grecia en todos los ámbitos. En el período Arcaico, la expansión y subsiguiente colonización permitió el desarrollo de la economía, del comercio, pero a la vez y debido a la recomposición social, se generaron conflictos sociales que condujeron a guerras internas; por otro lado, se desarrolló la filosofía, el arte, la literatura y la vinculación religiosa con oriente. El período clásico comprende el dominio de Tebas, Esparta y Atenas y en él se consolida la organización política de las ciudades Estado, también es la etapa en que se producen las guerras médicas. El período helenístico se produce bajo la dominación de Macedonia y la constitución del Imperio de Alejandro, el mismo que incorpora a Egipto y Mesopotamia, así como a las distintas riquezas económicas y elementos culturales en que en ellos se hallaban, como el culto a los reyes incorporado por Alejandro, donde se entendía que un verdadero rey “era divino porque llevaba la armonía a su reino del mismo modo que Dios lleva la armonía al mundo. En una expresión muy difundida era una Ley Animada, una forma personalizada de los principios de derecho y justicia que gobiernan todo el universo”¹⁶.

i.1. Organización social y política

La Ciudad – Estado fue producto de una sociedad esclavista, donde la población se hallaba dividida en esclavos, en metecos que eran los extranjeros residentes y

¹⁵ Período arcaico, período clásico y período helenístico.

¹⁶ Sabine, George H. *Historia de la Teoría Política*. Fondo de Cultura Económica. Duodécima reimpresión México, 1991. 677 Págs. Pág. 118.

los ciudadanos, miembros de la polis, con derecho a tomar parte de la vida política. Era una sociedad elitista y estratificada, en la que la noción de ciudadanía significaba más que derechos, la ubicación del hombre en la sociedad.

En las instituciones políticas como la Asamblea (Ecclesia), la representación era el medio político a través del cual los magistrados y funcionarios asumían la responsabilidad ante los ciudadanos, estando sometidos a su control (Consejo de los Quinientos; los Tribunales; Demos - barrios), el ideal era la participación en la vida pública, la discusión, la creación de la filosofía política y, en fin, de la Democracia. Pero este ideal sólo concernía a un número restringido de hombres, exclusivamente a ciudadanos atenienses.

i.2. Costumbre, Razón y Derecho Natural

En el pensamiento griego la Costumbre no era obligatoria por ser antigua, sino que era un principio capaz de soportar una crítica racional¹⁷, mientras que la Libertad implicaba el respeto a la Ley, contexto en el que en el Estado libre la Ley, y no el gobernante, es soberana; deviniendo el Estado en “una relación de ciudadanos libres moralmente iguales, mantenida con arreglo a ley y basada en el consentimiento y la discusión más que en la fuerza”¹⁸.

En esta línea reflexiva Aristóteles fue el filósofo que ejerció mayor influencia en la antigüedad, en especial sus concepciones de organización social y política y comprensión jurídica; influencia que se mantuvo vigente hasta la Edad Media y que se caracterizó, entre otras propuestas, por los aspectos siguientes: Diferencia entre lo justo natural y lo justo legal, donde lo primero tiene en todas partes la misma fuerza, mientras que lo segundo depende del parecer de los hombres; la distinción entre Naturaleza y Convención, asumiendo que la Convención y la Costumbre son lo transitorio, mientras que la naturaleza es lo permanente, disyuntiva donde se debe buscar la ley de la naturaleza¹⁹. Identificaba la naturaleza con la Ley de Dios y diferenciaba entre la Convención con lo verdaderamente justo, argumento que estaba destinado “a convertirse casi en una fórmula acuñada utilizable para la crítica de todos los abusos, papel que la ley

¹⁷ Sabine, G. *Historia de la Teoría Política*. Ob. Cit. Pág. 25.

¹⁸ Sabine, G. *Historia de la Teoría Política*. Ob. Cit. Pág. 100.

¹⁹ Sófocles (497 – 406 a.c.) “*El Drama de Antígona*”, plantea la idea de preeminencia del Derecho Natural sobre la Ley Positiva.

natural ha desempeñado repetidas veces en la historia posterior del pensamiento político”²⁰; toda Ley es convencional y, por tanto, contraria a la naturaleza.

Luego de la muerte de Aristóteles, emergió la Escuela Estoica de Zenón de Cición (300 a.c.), la misma que era una Escuela helenística que ejerció fuerte atracción sobre los romanos cultos del siglo II, en especial sobre la jurisprudencia romana. Para los estoicos, el Universo implicaba orden, el mismo que era expresión de una razón universal y eterna que regía todo el Cosmos, razón universal que coincidía con una Ley Eterna, fija e inmutable que animaba o humanizaba al universo y que comprendía tres niveles por igual: El Cosmos, la Polis (el Estado) y el Hombre. La Ley Natural que se basa en la Ley Eterna, se caracterizaba por los aspectos siguientes: Es común a todos los hombres y es anterior a cualquier ley humana; define las características propias del hombre en cuanto tal, y el sistema de relaciones de los hombres entre sí; el sometimiento a la Ley Natural es lo que permite mantener en armonía el Universo; todo acto violatorio de una Ley Natural produce desarmonía, ya sea en el orden cósmico, en la polis o en el hombre, y requiere por lo tanto, una compensación, que es el restablecimiento del orden natural²¹.

ii. Roma

La historia de los orígenes de Roma es leyenda e historia viva. Se vincula a la caída de Troya, a Eneas y a Rómulo y Remo; pero lo cierto es que el Estado Romano se fundó sobre la base de las tribus de los sabinos, latinos y etruscos, siendo su primera forma de gobierno la Monarquía (753 a 510 a.c.), para luego transitar hacia la República y el Imperio, cuya caída marcó el final de la antigüedad.

ii.1. La Monarquía

Las tribus que conformaban la organización romana se dividían en curias teniendo cada una sus costumbres particulares, a la vez, la curia se dividía en gens, que era un grupo de familias con antepasados comunes siendo los jefes de cada

²⁰ Sabine, G. *Historia de la Teoría Política*. Cit. Pág. 34.

²¹ Ver: Ángel Russo. *Teoría General del Derecho en la Modernidad y en la Posmodernidad* cit. Pág. 31.

familia los pater familias²². Sobre esta base se estableció la organización social y política de la Monarquía.

La elección del pater familias creó la primera nobleza de tribu, con derecho exclusivo a entrar en el Senado y ocupar cargos públicos; por otro lado existían los clientes y plebeyos. Los clientes eran los extranjeros y vencidos que carecían de propiedad, por lo que se acoplaban a la gens en una relación patrón (Patricio)-cliente, protección – trabajo; más clientes significaba que la gens adquiría mayor poder²³. Los plebeyos eran quienes vivían fuera de las antiguas gentes, curias y tribus, no formando parte del verdadero pueblo romano, eran personas libres que podían poseer propiedades territoriales, pagaban impuestos y estaban sujetos al servicio militar, pero no podían ejercer función pública, ni tener derechos políticos²⁴.

La organización política de la Monarquía descansaba en el Senado que era el intermediario entre el populus y el rey, estando compuesto por los Jefes de las gentes (paters) y el Consejo de Ancianos que se constituía en el Consejo del Rey. Al Senado se le consultaban las leyes que serían votadas por la Comitia Curiata que era la reunión de todas las gens, votaban leyes, deliberaban acerca de la guerra y la paz; juzgaban crímenes contra la cosa pública²⁵. El Rey era elegido entre los jefes de las tribus²⁶. En este período el Estado Romano estaba conformado por los patricios, clientes y plebeyos.

La economía en el período de la Monarquía tuvo como factores dinamizadores a la ganadería y agricultura, la que evolucionó de propiedad comunal a propiedad privada en razón de las guerras de conquista, lo que condujo a que los prisioneros ya no fueran adscritos como clientes, sino como esclavos²⁷.

El Derecho en el período de la Monarquía se caracterizó por ser una cualidad de un cuerpo muy limitado de ciudadanos que lo adquirirían al nacer, era parte de su herencia cívica, combinándose en él ceremonias religiosas y fórmulas ancestrales

²² Ver: Bonfante, Pietro. *Historia del Derecho Romano*. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1944. 600 Págs. Pág. 87.

²³ Bonfante, P. *Historia del Derecho Romano* Ob. Cit. Págs. 90, 91.

²⁴ Engels, Federico. *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*. Editorial Claridad S.A. Buenos Aires, Argentina, 1971. 207 Págs. Pág. 150.

²⁵ Ver: Maynz, Carlos. *Curso de Derecho Romano*, Tomo I. Jaime Molina, Editor. Barcelona - España, 1892. 990 Págs. Pág. 32.

²⁶ Bonfante, P. *Historia del Derecho Romano* Cit. Pág. 99.

²⁷ Avdakov Poliansky y otros. *Historia Económica de los Países Capitalistas*. Editorial Grijalbo S.A. México, 1965. 590 Págs. Pág. 78.

que lo hacían inaplicable para quienquiera que no fuese romano de nacimiento. Las Mores (ordenamiento y reglas anteriores a la formación de las civitas), constituían la fuente principal del Derecho consuetudinario que tenía dos matices: el ius y el fas, Ley humana y Ley divina, donde los sacerdotes eran los depositarios e intérpretes del mismo, pudiendo determinar los días que podía haber juicio. Este es el escenario del ius Quiritum, el que expresó el ordenamiento económico, político y social de la época y que era patrimonio de los ciudadanos romanos, se negaba toda participación a los extranjeros²⁸.

Tarquino el Soberbio terminó la época de la Monarquía y se instauró la República. Una nueva época comenzaba.

ii.2. La República

La República se caracterizó por la oposición social, política y económica entre los patricios y los plebeyos que pugnaban por ampliar su participación política; pero, a la vez, también es la etapa del inicio de la expansión romana y la conquista del Mediterráneo y de Grecia. La economía siguió descansando en la propiedad de la tierra y en la agricultura²⁹, así como en la fuerza de trabajo de los esclavos.

En cuanto al Derecho, se promulgó la Ley de las XII Tablas (450 a.c.) por la que se equipararon derechos de patricios y plebeyos, se amplió el derecho de ciudadanía el ius Gentium reemplazó al ius Quiritum³⁰ y el ius Civile Romano reemplazó al de las ciudades sometidas. Este también es el período en que el Derecho Natural estoico se articuló al Derecho Romano a través de Cicerón, quien “dio a la doctrina estoica del derecho natural la formulación en que ha sido universalmente conocida en toda Europa occidental desde su época hasta el siglo XIX. De él pasó a los jurisconsultos romanos y en no menor medida a los Padres de la Iglesia. (...) En primer lugar, hay un derecho natural universal que surge a la vez del providencial gobierno del mundo por Dios y de la naturaleza racional y social de los seres humanos que les hace afines a Dios... A la luz de esta ley eterna, todos los hombres...son iguales. No son iguales en saber, y no en cuanto

²⁸ Mejía S. David. *Breve Reseña de los Caracteres del Derecho Romano Pre - Justiniano*. En: Revista Universitaria, año XXXI, primer semestre de 1942, N° 82. Universidad Nacional del Cuzco. 240 Págs. Pág.85.

²⁹ Ver: Avdakov, P. *Historia Económica de los Países Capitalistas* cit. Pág. 86.

³⁰ Iglesias, Juan. *Derecho Romano, Instituciones del Derecho Privado*. Volumen Primero. Ediciones Ariel. Barcelona, España, 1952. 328 Págs. Pág. 7.

que poseen razón, en su estructura psicológica y en su actitud general respecto a lo que creen honorable o indigno”³¹.

ii.3. El Imperio

El final de la República estuvo signado por la crisis y la emergencia de los triunviratos que buscaban neutralizar los conflictos entre aristocracia, plebeyos y esclavos y donde los Emperadores imponían un régimen autoritario, a pesar de mantenerse las formas políticas de la República como el Senado, la Asamblea y los Comicios, disposición que consiguió la estabilidad política.

La economía de la época imperial siguió siendo estructuralmente la misma que de períodos anteriores, pero con el agravante de que estaba ingresando a un proceso de crisis irreversible. Durante los siglos I y II d.c. la crisis de la agricultura por competencia de las colonias, la falta de desarrollo técnico y la colonización se convirtieron en factores que debilitaron la economía romana, a lo que se debe agregar el hecho de que luego de la conquista de Egipto se acabaron las grandes guerras que abastecían de esclavos, por lo que estos subieron de precio. Al final se produjo la liberación de esclavos y se desarrolló el colonato que era la concesión de propiedad, con lo que los esclavos se comenzaron a denominar "cuasi colonos".

El Derecho asistió al surgimiento de las Constituciones imperiales como principal fuente del Derecho.

ii.4. La decadencia³²

Durante la decadencia romana las legiones adquirieron protagonismo político, colocaban y removían emperadores, situación que condujo al debilitamiento de sus defensas ante las incursiones bárbaras. En este período de crisis, Diocleciano (280-305 d.c.) instauró el principio de una división del Imperio en cuatro zonas, con cuatro capitales: Milán, Tréveris, Nicomedia y Sermio (en Serbia) y el sistema de tetrarquía (gobierno de cuatro), con lo que Roma dejó de ser la capital del Imperio. Posteriormente Constantino (305-337 d.c.) volvió a ser un único emperador absoluto, construyendo una nueva capital, Constantinopla inaugurada en 330 d.c..

³¹ Sabine, G. *Historia de la Teoría Política*. Cit. Pág. 126, 127, 128, 129.

³² 192-337 d.c.

Estas transformaciones tuvieron una prolongación social: Las ciudades perdieron su papel económico, y los grandes propietarios rurales vivieron, como señores omnipotentes, en sus tierras, cultivadas por colonos. El cristianismo, todavía combatido y perseguido por Diocleciano, fue reconocido oficialmente por Constantino después de su conversión (Edicto de Milán, 313 d.c.), luego, a los herejes se les prohibió reunirse (331 d.c.) y se promulgaron leyes de inspiración cristiana, como la Constitución de Constantino (311 d.c.).

En cuanto al Derecho, en este período de crisis se eliminaron las particularidades³³, decayeron los jurisconsultos, el Emperador fue la única fuente del Derecho, las constituciones fueron leyes generales; se produjo, por disposición de Diocleciano, la primera colección de constituciones imperiales y posteriormente el Código de Justiniano (529 d.c.).

ii.4.1. El final de la antigüedad

Constantino murió en mayo del año 337 d.c., después de lo cual se produjo una crisis de sucesión que condujo, finalmente, al establecimiento, por el año 395 d.c., del Imperio romano de Oriente y del Imperio romano de Occidente. El primero duró hasta la toma de Constantinopla por los turcos (1453 d.c.) y el segundo, el Imperio de Occidente, se derrumbó progresivamente bajo los ataques de los bárbaros, uno de cuyos jefes (Odoacro), depuso al último emperador de Occidente, Rómulo Augústulo en el año 475 d.c., fecha considerada como el fin del Imperio Romano de Occidente y de la antigüedad.

iii. Las invasiones bárbaras

Luego de la caída del Imperio Romano de Occidente, los pueblos bárbaros realizaron invasiones sobre las posesiones del Imperio, con lo que en el siglo V se produjo la desintegración final de este, sobreviviendo minimizado en España, Italia, Sur de Francia.

La organización social y política de los pueblos bárbaros se asentó en las tribus, las familias y las autoridades reales y eclesiásticas. Las tribus eran comunidades de camaradería y de confianza basadas en el parentesco y parcialmente en el juramento de protección y servicios mutuos. Asimismo, la relación y validación del

³³ Ver: Iglesias, J. *Derecho Romano, Instituciones del Derecho Privado*. cit. Pág. 59.

orden se fundaba en mitos tribales de dioses guerreros, en la adoración de ríos, bosques y montañas, en conceptos de ascendencia divina de los reyes tribales, en la lealtad a los nexos de parentesco y de señorío y en la fe suprema en el destino. La economía era local, siendo los factores dinamizadores la agricultura, la ganadería y la cacería, el comercio tenía un papel secundario y la población era escasa y las comunicaciones rudimentarias.

El Derecho Germánico³⁴ se generó a partir de los órdenes jurídicos similares que poseían las tribus, el Derecho era de carácter Consuetudinario, a diferencia de los romanos poseían un derecho codificado, para los casos de violación de la paz familiar sustituyeron la venganza por las penas monetarias³⁵, también impusieron las ordalías, como la prueba del fuego, la prueba del agua y la prueba del bocado. La organización jurídica consistía en la Asamblea del Pueblo Germánico, la que emitía juicios y decretos generales (afirmaciones de costumbres antiguas), siendo obligatoria la Ley emitida por ellos.

Este tipo de organización social y jurídica se vio afectada por el cristianismo y por el desarrollo de la realeza como institución translocal, abriendo el camino de la evolución del Derecho entendido como atributo personal al del territorio.

iii.1. El Derecho Romano-Germánico

Luego del siglo V se mantuvo el Derecho Romano Vulgar, simplificado, adverso al concepto de la rigidez lógica y de la jurisprudencia y que estaba regido por los códigos Teodosiano, Hermogeniano y Gregoriano. Paralelamente a este hecho, en España se asistió a un evento trascendental.

Los Visigodos que se establecieron en España eran un pueblo conquistador que requería codificar su Derecho a efectos de administrar mejor sus dominios, por cuanto las leyes de los bárbaros eran distintas de las de los romanos por lo que las relaciones entre germanos y romanos se regían por el Derecho Germano, para unos, y por el Derecho Romano para otros. En este contexto el Rey Alarico II buscó superar la situación mediante la fusión del Derecho Romano con el Germánico, mandando a codificar, para tal efecto, el Derecho Romano que regía

³⁴ Ver: Berman, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. Fondo de Cultura Económica. México, 1966. 674 Págs. Págs. 59 - 79.

³⁵ Ejemplos de leyes bárbaras con sanciones monetarias: Lex Sállica, del Rey Franco Clodoveo, 496 d.c.; Leyes de Etelberto, compilación anglosajona del año 600 d.c.; Edicto del Rey Lombardo Rotaris 643 d.c.

en las provincias eliminando de ellos lo anticuado e inaplicable, después de lo cual designó a Goyarico para que redacte una ley que tenga vigencia para romanos y germanos, la que se denominó la Lex Romana Wisigothorum o Brevarium de Alaricum.

Con estos acontecimientos el cambio se había producido, la antigüedad y el Derecho Natural Panteísta que explicaba y validaba el orden concluían, por lo que Europa Occidental marchaba hacia el feudalismo, donde destacaría el aporte del cristianismo.

iv. El Feudalismo y la validación del Orden en el Ius Naturalismo Cristiano. El Derecho Natural Trascendental

El Feudalismo fue producto de los cambios económicos y políticos que condujeron a la destrucción del Imperio Romano de Occidente y a las Invasiones Bárbaras³⁶; en este tipo de sociedad el poder político se ejerció sobre espacios reducidos, estando restringido su ejercicio por el orden divino. Asimismo, el Estado se encontraba privatizado y el poder se hallaba fraccionado, dedicándose a cuestiones relacionadas con protección y ayuda, concesiones de dinero, y en ser un canal para la presentación de quejas.

El Monarca era considerado como un Señor Feudal, encontrándose en la cúspide de la organización social. Le seguía en jerarquía el Señor Feudal o Gran Vasallo quien sólo estaba subordinado al Rey, era el patrón de sus súbditos quienes le debían fidelidad, ayuda militar y contribución impositiva; después venían los Nobles que provenían de la estirpe señorial, con distinciones al interior en función de los privilegios de que se encontraban investidos; los que no eran nobles integraban el conjunto general del cuerpo social popular del medioevo, se clasificaban en hombres libres que podían ejercer todos los derechos comunes y obligarse por su libre voluntad; los semilibres o personas independientes de la tierra que la cultivaban con plena capacidad patrimonial, pero que debían comprar el consentimiento del Señor para contraer matrimonio y prestar determinadas contribuciones y servicios personales forzosos; y, por último, los siervos, que carecían de capacidad jurídica y debían prestaciones personales permanentes y

³⁶ Ver: Berman, H.J. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. Cit. Págs. 310 a 344

tributarias. Además se debe tener en cuenta que el hombre medieval se encontraba atado al país en que vivía, que establecía vínculos de sangre, de dependencia personal, protección, herencia, parentesco como si fueran sagrados, que existían los privilegios y que la Iglesia Católica era la dueña espiritual del mundo civilizado, al que le dio cultura común. En cuanto a la economía, esta se asentaba en la propiedad de la tierra, en la servidumbre y en el pago de rentas, teniendo el comercio sólo un ámbito local.

El Derecho tenía dos dimensiones, el secular y el sacro y se fundaba en principios de Derecho Público. Abarcaba las costumbres locales con participación del derecho canónico y normas particulares logrando obtener y mantener un cierto equilibrio sobre las costumbres y las organizaciones jurídicas (poder civil y eclesiástico). La relación jurídica entre Señor Feudal, vasallos y campesinos consistió en un sistema de derechos y obligaciones recíprocos. El derecho feudal se aplicaba a las relaciones feudales, “regulaba la cooperación entre los señores territoriales; el de vasallaje, los feudos de servicio; el mercantil, los bienes y negocios del comercio; el de los artesanos, los asuntos relativos al desenvolvimiento de los diversos oficios. Al lado de estos derechos particulares y al margen de esa relación puramente objetiva, existía, empero la sujeción completa del vasallo, comerciante, ministerial, solariego, libre, al derecho común del país. Un individuo podía poseer una tierra libre y otra de señorío y hallábase entonces sometido por un lado al derecho común del país y por otro, al derecho cortesano”³⁷.

El Señor Feudal fue el órgano supremo de producción jurídica dentro de su señorío y también de derecho privado en cuanto este señorío y ciertas personas y bienes de su territorio eran considerados de propiedad del Señor que las entregaba en vasallaje. La organización jurídica interna del feudo participó de los caracteres comunes tanto de la familia romana como del grupo tribal germano. En este período, el Derecho se transformó de uno de origen consuetudinario a uno de formulación escrita y recopilado por medio de procesos regulares, aunque con una dirección a estamentos desiguales y variados: los nobles, el clero, el pueblo, los

³⁷ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 562.

comerciantes, prevaleciendo el principio de que cada persona debía ser juzgada por sus pares. Los pleitos entre villanos libres sujetos por igual al Derecho territorial del Señor eran ventilados ante un Tribunal integrado por funcionarios del señorío teniendo los vecinos libres la facultad de investigar la sentencia; el mismo Tribunal conocía los pleitos de los semilibres. Los siervos eran juzgados por el Tribunal del Servicio del Señor, por lo que el Derecho también exteriorizó la organización estamental.

En el Feudalismo, el Cristianismo se expandió por Europa (s. V al X) reemplazando los mitos por el evangelio de un creador universal, así se entendía que las montañas, los ríos y los bosques, no estaban poseídos, sino que estaban al servicio del hombre, visión que le otorgaba un sentido positivo a la vida. Debido a la fuerte presencia de la religión católica se estableció que la Ley se fundaba en la razón eterna, así a finales del siglo XI la Iglesia introdujo el *sistema de castigos (penitencias)*, que se originó en los conventos donde cada uno tenía su propia regla de trabajo, oración, administración y disciplina, luego se avanzó con *las penitenciales* para todo el pueblo: penitencia pública por pecados horribles, penitencia privada, confundiendo delito secular con pecado. Todas las leyes quedaron subordinadas a los preceptos de la Biblia y a los escritos de los padres de la Iglesia.

En este escenario emergió el Derecho Natural Trascendental que incorporó la idea de “creación” al iusnaturalismo, así, mientras “en el pensamiento greco-latino – en particular el griego – las leyes tenían su origen en el Universo Natural, que poseía una especie de animación o espiritualidad semejante a los niveles de materia y alma (se hablaba de “alma del mundo”), en el cristianismo este universo resulta creado por la divinidad, por un Dios único y trascendente a su propia obra”³⁸.

iv.1. La revolución papal (s. XI-XII)

Al inicio del milenio la Iglesia se propuso reformarse a sí misma y al mundo, estableciéndose como entidad visible, corporativa y legal, independiente de cualquier autoridad terrenal. Así, en el año 1075 se produjo la Revolución Papal implementada por el Papa Gregorio VII, quien declaró la supremacía política y

³⁸ Ángel Russo, Eduardo. *Teoría General del Derecho en la Modernidad y en la Posmodernidad*. Cit. Pág. 46.

legal del papado sobre toda la Iglesia, la independencia del clero de todo control secular y la supremacía última del Papa en asuntos seculares, incluyendo la facultad de deponer emperadores y reyes.

La revolución papal tuvo efectos en los distintos ámbitos de la sociedad de aquella época. En lo Político significó un cambio de poder y autoridad en la Iglesia y las entidades políticas seculares, surgiendo y articulándose cuerpos enteros dentro de la comunidad eclesiástica y secular; en lo socioeconómico constituyó respuesta y estímulo a la expansión de la producción, comercio y surgimiento de miles de ciudades; en lo cultural fue la fuerza de creación de las primeras universidades europeas, del surgimiento de la teología, la jurisprudencia y filosofía, así como de un nuevo sentido del tiempo pasado y futuro; en lo Jurídico implicó un nuevo Sistema de Derecho Canónico y nuevos Sistemas Jurídicos Seculares. Juristas y Jueces profesionales, jerarquías de Tribunales. Escuelas de Derecho, Tratados de Derecho y un concepto de Derecho como cuerpo autónomo, integrado y en desarrollo de principios y procedimientos. Se impuso la noción del "recto orden de cosas", donde el Papa tenía derecho de legislar.

iv.2. La crisis del Feudalismo y el ocaso del poder sacro

En los siglos XII y XIII Occidente alcanzó estabilidad, iniciándose el desarrollo económico y demográfico, surgiendo el poder de la Monarquía y con ella la noción de poder laico, el mismo que cuestionó la perspectiva impuesta por la revolución papal, produciéndose con ello un conflicto entre Poder Laico e Iglesia, cuyos hitos pueden ser resumidos en las etapas siguientes: La primera, que se produce entre el papado y el reino de Francia, 1269 - 1303, entre Bonifacio VIII y Felipe el Hermoso, proceso en el cual la teoría del imperialismo papal fue derrotada por el nacionalismo francés; la segunda es la controversia entre Juan XXII y Luis de Baviera, 1323, donde triunfa el poder laico; y la tercera es la controversia que se produce al interior de la propia Iglesia, entre 1378 – 1417 donde se produjo el cisma en la Iglesia en razón de que se cuestionaba el poder pontificio sobre la solución de pleitos, concesión de beneficios, ingreso de grandes sumas de dinero a las arcas papales, la tributación, convulsión que concluyó en 1517 con la Reforma de Calvino y Lutero.

En paralelo se produjo la crisis del feudalismo, la misma que se debió al ocaso de la agricultura feudal, la aparición de manufacturas, el desarrollo del comercio internacional, la disminución, por migración, de la población del campo y el fin de la rentabilidad de la tierra.

v. La historia del desencuentro. La Modernidad y el Derecho Natural Racional y el Antiguo Régimen

A comienzos del año 1400 surgió en Europa Occidental el Renacimiento, proceso que implicó el protagonismo del individuo libre, cosmopolita, creador, aventurero, que asumía la noción de perfectibilidad de la sociedad y crítica de la razón, a diferencia del individuo de la Edad Media que se caracterizó por tener una visión estática del mundo.

v.1. El Antiguo Régimen

Luego de derrotada la propuesta papal, entre los siglos XIV - XV - XVI surgió el Estado Absoluto y la teoría del poder del Derecho Divino de los Reyes. Esta es la etapa denominada Antiguo Régimen que abarca el período de la historia europea que va desde el siglo XV al siglo XVIII y que coincide con los albores de la modernidad, siendo previo a la revolución francesa y a la hegemonía del liberalismo.

Entre los principales aspectos de esta teoría tenemos: que el titular del poder es el monarca, por lo que todos se subordinan a la autoridad regia; el Estado apareció como institución centralizada, fuente de todo poder político; se establecieron vínculos políticos; el gobernante se constituyó en el legislador supremo, por encima de las leyes; el Derecho Divino de los reyes afirmaba en este sentido la independencia y superioridad del Estado y gobernante con poder absoluto e irresponsable; legitimidad del príncipe, se entendía que la Monarquía era la forma de gobierno y que existía el derecho hereditario a gobernar; se estableció la prevalencia de la esfera política, de la voluntad como expresión del poder y especificación del poder político.

Cambio sustancial al que se le deben agregar hechos como los siguientes: Se asistió a la emergencia de un Estado Absoluto, autoritario, de dimensión nacional; en cultura, se asumió la posición individualista; en economía surgió el afán de

lucro, el espíritu de empresa, la racionalización de la producción, el comercio y los negocios; la ciencia se volvió experimental y racionalista impulsando los nuevos inventos; proceso que se articuló a los descubrimientos geográficos efectuados por España, Francia, Portugal, Inglaterra y del tráfico colonial inherente a ellos. También fue la etapa de surgimiento de ciudades como Londres, Flandes, Colonia, París, Florencia. Venecia, Palermo, Milán, Génova, Barcelona, Bolonia, Padua, Brujas, Estrasburgo y de la cultura urbana racionalista que en ellas se desarrolló y que sustituyó a la rural de carácter mágico. Asimismo, se plantearon nuevas formas de combatir, de comerciar, la noción de nacionalidad, surgió una clase mercante, se produjo la colonización, surgieron los comerciantes, las transacciones en el campo y la ciudad, el desarrollo del comercio, la venta de algodón, las hilanderías, los textiles, los artículos de cuero, los nuevos instrumentos de comercio como la Letra de Cambio negociables, las sociedades de responsabilidad limitada, los tribunales mercantil. De los siglos XIII al XVI se desarrolló el capitalismo mercantil, se incrementaron los patrimonios, la industria minera, emergió el préstamo de dinero. En este escenario, el individuo asumió la condición de pertenencia a un reino, vinculado a través de un lazo de dependencia que era igual para todos y donde se daba la inmediatez del individuo frente al Estado. Todo lo cual coexistía con el modo de producción feudal en ocaso. Éste período concluye con dos hechos trascendentales que, unidos a la Reforma Religiosa del Siglo XVI, constituyen las luchas fundamentales de la Burguesía por constituirse en clase políticamente dominante en Europa Continental e Insular: La Revolución Inglesa y la Revolución Francesa, signos del ocaso del Antiguo Régimen, después de lo cual se constituyó el Estado Liberal.

v.2. El Derecho Natural Racional³⁹ y el Desencuentro

El otro factor importante en la configuración del fin de la historia común es el Derecho Natural Racional, que fue producto del concepto de naturaleza del Renacimiento, “que aspiraba siempre a descubrir el canon de lo querido de acuerdo con la “naturaleza”, surgiendo también en parte apoyándose en el pensamiento, arraigado principalmente en Inglaterra, de ciertos derechos

³⁹ Berman, H.J. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. Cit. Págs. 130 a 177.

racionales innatos de cada súbdito⁴⁰. Este pensamiento jurídico-político marcó también el distanciamiento con el pensamiento ibérico.

La Escuela Clásica del Derecho Natural se desarrolló durante los siglos XVI al XVIII, y tiene entre sus principios fundamentales el asumir que “el hombre nace libre, luego, ante las dificultades que emanan de ese estado de naturaleza, celebra un contrato con sus semejantes para construir una sociedad, en la cual delega parte de sus derechos a cambio de protección; estos derechos que el hombre entrega a la sociedad no pueden ser disminuidos por ella, porque son derechos naturales”⁴¹. En relación con este tema, Norberto Bobbio precisa algunas características y variaciones del Derecho Natural vigente en los siglos XVI - XVII:

- “1) *Las que se refieren a las características del estado de naturaleza*, que se reúnen en torno a estos tres temas clásicos: Que el estado de naturaleza sea un estado histórico e imaginado (hipótesis racional, un estado ideal, etc.); que sea pacífico o bien belicoso; que sea un estado de aislamiento (en el sentido de que cada individuo viva por su cuenta y sin necesidad de los demás) o bien social (si se trata de una sociedad primordial).
- 2) *Las que se refieren a la forma y al contenido del contrato o de los contratos planteados como fundamento de la sociedad civil*, que dan lugar a discusiones asimismo clásicas en torno de los siguientes temas: Que el contrato social sea un contrato de los individuos entre ellos en beneficio de la colectividad o a favor de un tercero; que al contrato de los individuos entre sí (el llamado *pactum societatis*) deba seguir un segundo contrato entre el *populus* y el *princeps* (el llamado *pactum subiectionis*); que el contrato o los contratos, una vez estipulados, puedan disolverse y en qué condiciones (como consecuencia del hecho de que la transmisión del poder de los individuos aislados al pueblo o del pueblo al príncipe venga configurada como una enajenación permanente o bien como una concesión temporal); que el objeto del contrato o de los contratos sea la renuncia total o parcial a los derechos naturales.

⁴⁰ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Pág. 641

⁴¹ Pacheco G., Máximo. *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Cuarta Edición. 1990. Pág. 445.

- 3) *Las que consideran la naturaleza del poder político derivado*, sea absoluto o bien limitado, incondicional o condicional, indivisible o divisible, irrevocable o revocable, etcétera⁴².

El contrato social aseguraba el paso de la nada social a la sociedad existente, se entiende que la sociedad de los hombres surge de un contrato y que el origen de toda institución social es propiamente humano y artificial⁴³. En cuanto a su evolución, el Derecho Natural Racional ha transitado por tres períodos: El primero representado por Hugo Grocio y Tomás Hobbes, correspondiendo al mercantilismo en el ámbito económico y al absolutismo ilustrado en lo político, aquí el Derecho Natural queda en relación con el gobernante; el segundo, a cargo de Jhon Locke, constituye el Liberalismo político y filosófico, donde el Derecho Natural precisa una mayor protección “y creen poder otorgársela a través de una separación de poderes del Estado”; el tercero, que corresponde a Rousseau, donde se asumió la creencia “en la soberanía popular y en la democracia son los caracteres distintivos de este período. Se considera que el Derecho Natural también precisa de protección, pero se cree que ella sólo puede otorgársela la voluntad general del pueblo”⁴⁴.

v.3. El ocaso del Derecho Natural Racional

Durante este período, el último del Derecho Natural, se inició el proceso de control de creación del Derecho por parte del emergente Estado Moderno. Al final de esta etapa el Derecho comenzó a asumir las características siguientes: Se acentuó la dependencia entre norma jurídica y voluntad soberana creadora; el Estado producía el Derecho según su propia realidad, en forma de Ley que subsume abstractamente largas series de hechos concretos; el Estado crea la norma y aplica sólo la que él había creado, subordina al derecho, porque se plantea controlar el proceso de creación, se estableció la dependencia entre Derecho Positivo del Estado; la Ley contenía normas abstractas, generales y calculables, el Derecho devino en formal y racionalizado.

⁴² Bobbio, Norberto. *Thomas Hobbes*. Fondo de Cultura Económica. México, 1995. Pág. 16.

⁴³ Althusser, Louis. *Montesquieu, la Política y la Historia*. Editorial Ciencia Nueva, S.L. Puebla, 3 Madrid. 105 Págs. 21, 22 y 23.

⁴⁴ Pacheco G., M. *Teoría del Derecho*. Pág. 445.

II. LAS DOS MODERNIDADES DE OCCIDENTE

II.1. La Modernidad de Europa Occidental Continental e Insular sin España

La Modernidad de Europa Occidental es común hasta la época de los descubrimientos, momento después del cual se plantean, en el marco del Antiguo Régimen, rutas distintas entre la modernidad de Europa Occidental continental e insular que comprendía entre otros países a Inglaterra y Francia, y la que siguió la Península Ibérica, en especial España.

En términos generales la Modernidad de esta parte de Europa (Inglaterra, Francia y otros) se encuentra vinculada a los procesos que se desarrollaron durante el Renacimiento, como la emergencia del Estado Absoluto, el desarrollo de las relaciones mercantiles y del incipiente capitalismo, la conformación de la Burguesía como clase social la que en los siglos venideros asumiría el poder político, la explicación social del poder a través de la teoría del Derecho Natural Racional y del control de la producción del Derecho a través del Estado. Proceso que hemos descrito en el punto precedente, quedando pendiente por describir la Modernidad Ibérica.

II.2. La Modernidad Ibérica

¿Cómo procesó España su Modernidad luego del Descubrimiento y colonización de América? ¿Cómo procesó España su Modernidad luego del Descubrimiento y colonización de América? En relación a este proceso, Maravall⁴⁵ analiza el caso español como parte del atravesado por el resto de Europa, subrayando la peculiaridad que significó el Descubrimiento y Conquista de América, y el hecho de que el tránsito de la época medieval a la moderna se caracterizó por la vigencia en el mismo tiempo de lo nuevo y lo viejo, de lo moderno y lo tradicional⁴⁶. Así, indica que las causas que influyeron en la configuración del Estado moderno, que como nueva forma política se presentó en Europa en el siglo XVI y que le permitió su futura supremacía en el mundo, influyeron también en la construcción de la monarquía española “si la época del Estado es la época del predominio del

⁴⁵ Maravall, José Antonio. *Estado Moderno y Mentalidad Social 1. Siglos XV al XVII*. Alianza Editorial, Madrid 1986.

⁴⁶ “Quede bien entendido que no hay manifiestamente Estado moderno, más que sobre una base de supervivencias tradicionales que se dan en todas las esferas”. Maravall, J.A. *Estado Moderno y Mentalidad Social 1. Siglos XV al XVII*. Ob. Cit. Pág. 18.

Europa y comienza con la preponderancia de la Monarquía española, no es arriesgado suponer que alguna conexión ha de darse entre ambos fenómenos”⁴⁷, más aún cuando la preponderancia se comenzó a dar desde antes del descubrimiento de América y del flujo de riqueza a él inherente, y que más bien “el descubrimiento, la conquista y la colonización de América fueron resultados sucesivamente conseguidos de un plan de expansión y construcción políticas”⁴⁸ y de la temprana conclusión del Estado.

Por lo tanto, las condiciones de la modernidad española estuvieron dadas por un doble proceso, en una primera etapa su articulación a la historia común de Europa, que le permitió construir el primer Estado Absoluto; y, en una segunda, el descubrimiento de América, situaciones que se exteriorizaron en hechos de diversa índole y complejidad⁴⁹, que fueron asumidos, en su oportunidad, por los reyes católicos, Carlos V y Felipe II. Luego del descubrimiento de América y de asumir la colonización de la misma, el Imperio español abandonó “las líneas claras de un estricto sistema estatal, pero estuvo muy lejos de ser una mera y azarosa reminiscencia medieval, como algunas veces se afirma, olvidando lo que hubo de nuevo en su historia – lo que, en definitiva, fue su mayor o más decisiva parte-. El sistema político de la Monarquía no fue un Estado, en sentido puro; fue, más bien, un super-Estado...”⁵⁰.

II.3. La elección ibérica. De los Habsburgo a los Borbones

Tal como hemos indicado, en el mismo escenario temporal y espacial de la modernidad precedentemente descrito, España en razón de su peculiar situación histórica adoptó una perspectiva distinta desde la época de los Habsburgo y que se mantuvo hasta la etapa de los Borbones. La nueva condición le obligó también a re-construir una nueva visión del mundo, la que se hizo en un escenario donde

⁴⁷ Maravall, J.A. *Estado Moderno y Mentalidad Social 1. Siglos XV al XVII*. Ob. Cit. Pág. 23.

⁴⁸ Maravall, J.A. *Estado Moderno y Mentalidad Social 1. Siglos XV al XVII*. Ob. Cit. Pág. 23.

⁴⁹ “Encontrarse abierta ante sí la extensa redondez del planeta ... tener que desprenderse de todas las falsas ideas cosmográficas de los antiguos ... comprometerse en una compleja red de relaciones mercantiles ... construir nuevas ramas de la ciencia ... emplear armas de fuego, incomparablemente poderosas ... elaborar la experiencia del encuentro con nuevos pueblos ... integrar a los individuos y grupos, según vínculos políticos de ciudadanía y no de vasallaje ... definir nuevos fines sociales de la organización política y de su poder ... todo ello son nuevos campos y nuevas realizaciones de la época”. Maravall, J.A. *Estado Moderno y Mentalidad Social 1. Siglos XV al XVII*. Ob. Cit. Pág. 37.

“... de 1450 a 1550 la historia de los hombres adquiere un componente ibérico: <<la Península Ibérica ha tomado la iniciativa de la construcción de nuevos espacios>> ... Si Colón descubrió el Nuevo Mundo con gentes de Castilla y al servicio de la misma, se debió a que en las circunstancias del final del siglo XV, la Castilla andaluza era la única capaz de imaginárselo” Maravall, J.A. *Estado Moderno y Mentalidad Social 1. Siglos XV al XVII*. Ob. Cit. Pág. 200.

⁵⁰ Maravall, J.A. *Estado Moderno y Mentalidad Social 1. Siglos XV al XVII*. Ob. Cit. Pág. 96.

la visión cristiano-escolástica venía siendo cuestionada desde el Renacimiento en el resto de Europa Occidental por el discurso de la Modernidad y la religión protestante.

En este contexto, de cuestionamiento al orden vigente, el descubrimiento del nuevo mundo le permitió reformular y mantener “alternativas del período formativo de la cultura occidental”⁵¹, permaneciendo casi intocada por la reforma protestante o el renacimiento. Así, el siglo XVI significó, a diferencia del resto de Europa, el viraje español hacia el tomismo, que era la visión medieval del mundo y que sería reformulado por la singular modernidad española. España se encontraba ante la exigencia de conciliar “una racionalidad para un Estado moderno con las afirmaciones de un orden mundial ecuménico, o de adaptar los requerimientos de la vida cristiana a la tarea de “incorporar” pueblos no cristianos a la civilización europea”⁵². En este orden de ideas, tal como hemos glosado precedentemente, debido al proceso político descrito, a mediados del siglo XVI, a diferencia de otros países de Occidente, España contaba con un programa nacional claramente estipulado, poseyendo instituciones de índole religioso y político preparadas para ejecutar la labor que había asumido, por lo que para aquél período en que los efectos de las revoluciones religiosa y científica se fueron haciendo evidentes en el resto de Europa “en Iberia ya había tomado forma una visión del mundo moderna para su tiempo”⁵³ por cuanto había replanteado la visión tomista⁵⁴.

El pensamiento político español que procesó la visión tomista, se configuró sobre las cuatro siguientes fuentes: La filosofía de la alta escolástica; la tradición escolástica; la reacción antimaquiavelística y la explosión ascético – mística⁵⁵.

⁵¹ Morse, Richard. *El Espejo de Próspero*. Editorial Siglo XXI, México, 1982. Pág. 28.

⁵² Morse, Richard. *El Espejo de Próspero*. Ob. Cit. Pág. 47.

⁵³ Morse, Richard. *El Espejo de Próspero*. Ob. Cit. Pág. 52.

⁵⁴ Sobre este tema Octavio Paz indica lo siguiente: “El historiador Richard Morse ha mostrado con penetración que la función del neotomismo fue doble: Por una parte, a veces de un modo explícito y otras implícito, fue la base ideológica de sustentación del imponente edificio político, jurídico y económico que llamaremos Imperio Español; por otra, fue la escuela de nuestra clase intelectual y modelo de sus hábitos y sus actitudes. En este sentido – no como filosofía sino como actitud mental – su influencia aún pervive entre los intelectuales de América Latina.

En su origen, el neotomismo fue un pensamiento destinado a defender la ortodoxia de las herejías luteranas y calvinistas, que fueron las primeras expresiones de modernidad. A diferencia de las otras tendencias filosóficas de esa [época, no fue un método de exploración de lo desconocido sino un sistema para defender lo conocido y lo establecido”. Paz, Octavio. *Tiempo Nublado*. Editorial Seix Barral, Biblioteca de Bolsillo. 1986. Pág. 165.

⁵⁵ Ver: Støtzer, O. Carlos. *El Pensamiento Político en la América Española durante el período de la Emancipación (1789-1825) Vol. I*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966. 247 Págs. Al respecto, el referido autor cita, respecto de las fuentes del pensamiento político español en el siglo XVII, a las siguientes autores y obras: Filosofía de la Alta Escolástica: Francisco Suárez: “De Legibus”, “Defensio Fidei”; Tradición Escolástica: Santo Tomás de Aquino “De regno as Regem Cypri” y la “Summa Theologica”; la reacción antimaquiavelista: Pedro de Ríbadeneira, “Tratado de la religión y virtudes que debe tener el Príncipe cristiano para gobernar y conservar sus estados. Contra lo que Nicolás de Maquiavelo y los políticos de este tiempo enseñan”, Madrid 1595.

Para el siglo XVI y siguientes, España, a partir de su visión ecuménica, había creado una civilización que comprendía preceptos morales, éticos, religiosos, políticos⁵⁶ y organizaciones.

El momento político de la elección se produjo luego del asenso de Felipe II y la confrontación que este tuvo con las fuerzas protestantes, y por cuya actitud se le denominó <<brazo derecho del catolicismo>>⁵⁷. Para el siglo XVII español, la concepción de orden descansaba en la unidad y justicia que representaba un sistema jerárquico en el que la tranquilidad y la paz sólo podían lograrse “cuando las cosas se ponían en su propio lugar, tal como lo había enseñado la filosofía política de la Edad Media”; orden que exigía una autoridad política. Se asumía que el fin de la sociedad debía ser político y que el Estado debía tener una gran autoridad, por lo que se exigía un fortalecimiento del poder⁵⁸, a lo que se debe agregar la profunda visión religiosa.

Posteriormente, las reformas borbónicas del siglo XVIII permitieron el ingreso a España y a las colonias del “espíritu general europeo de aquellos tiempos a un paso más veloz de lo que hubiera permitido la casa de Austria”⁵⁹, una nueva época se aperturaba, la de la Ilustración española que tuvo como representantes, en su primera etapa, al Monje Benedictino Benito Jerónimo Feijoo, y en la segunda a Gaspar Melchor de Jovellanos; vendría la etapa de implementación en Iberoamérica de las visiones paradigmáticas configuradas en la coyuntura descrita.

⁵⁶ Anna, Timothy E. *España y la Independencia de América*. Fondo de Cultura Económica. México, 1986. 347 Págs. Pág. 29

⁵⁷ <<La arremetida calvinista(un credo, un dogma, una mentalidad tan absoluta como los católicos) halló a Castilla en plena reacción espiritual ... Gracias a un rígido encuadre del país bajo Felipe II, fue posible convertirlo en centro de la resistencia ortodoxa en toda Europa, con un papel a menudo divergente de las propias miras del Pontificado. Castilla se cerró a las influencias del exterior, escrupulosamente fiscalizadas por la Inquisición y los tribunales administrativos; incluso se prohibió a los hispanos estudiar en las universidades extranjeras, excepto Bolonia. Este fue el viraje de 1572, la impermeabilización de España. De este modo se extinguió el compromiso intentado por la intelectualidad de las dos generaciones anteriores, en las que la defensa y pureza de la fe, la inquebrantable ortodoxia, no habían vedado en el campo incursiones en el campo del humanismo occidental ... La unidad religiosa llenó en aquel entonces los huecos del pluralismo político, patentes en la obra de los Reyes Católicos>>. En: Grimberg, Carl. *La Hegemonía Española*. Historia Universal Daimon 7, Madrid, 1968. Pág. 28. En esta cita el autor hace referencia a Vincens Vives, pero no se indica el texto a pie de página, ni en la bibliografía.

⁵⁸ Stoetzer, O. Carlos. *El Pensamiento Político en la América Española durante el periodo de la Emancipación (1789-1825) Vol. I*. Cit. Pág. 18.

⁵⁹ Stoetzer, O. Carlos. *El Pensamiento Político en la América Española durante el periodo de la Emancipación (1789-1825) Vol. I*. Cit.. Pág. 19.

TERCERA PARTE

MARCO TEÓRICO DE LOS PARADIGMAS

CAPÍTULO I
DEFINIENDO AL PARADIGMA
DE LA CONFIGURACIÓN Y CRISIS DEL
PARADIGMA AL PARADIGMA DE
TRANSICIÓN Y AL CRUCE DE
PARADIGMAS

I. MARCO CONCEPTUAL DE LOS PARADIGMAS

La palabra Paradigma tiene origen Griego. Inicialmente se la utilizaba para referirse a “modelos”, “ejemplo”, “demostrar”⁶⁰, etc., pasando luego a ser usada para indicar cosas abstractas⁶¹, deviniendo ulteriormente como referencia a “realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica”⁶². En síntesis, asumimos que un Paradigma “es lo que comparten los miembros de una comunidad científica y, a la inversa, una comunidad científica consiste en unas personas que comparten un paradigma”⁶³, siendo por ello un modelo a seguir para abordar y resolver los diferentes problemas que se presentan.

En este orden, el Paradigma comprende la concepción, los compromisos y el logro o realización concreta⁶⁴; siendo de carácter fundamental el compromiso que se produce con las leyes teóricas, con postulaciones de entidades, con los procedimientos y todo tipo de técnicas experimentales, así como con distintos criterios de evaluación.

Desde esta perspectiva se constituye en sustento de apreciaciones de índole teórico, así como de ideas generadoras de consenso entre los temas a tratar y las técnicas a utilizar, deviniendo en una perspectiva general de interpretación del mundo que se sustenta en supuestos filosóficos que se interrelacionan de un modo tal, que puede resolver la complejidad del mundo real; perspectiva que involucra también un trasfondo simbólico que se manifiesta en el ámbito cultural, político, jurídico, religioso y social, configurándose así en una visión general del mundo de un determinado grupo social.

Explicitando el tema de desenvolvimiento del Paradigma, Tomás Khun indica, al analizar la relación entre Teoría y Paradigma, que para ser aceptada como Paradigma “una teoría debe parecer mejor que sus competidoras”, sin necesitar explicar “todos los hechos que se puedan confrontar con ella”⁶⁵.

⁶⁰ Ver: Vives, Vines. *Diccionario Terminológico*. Edición Vines Vives, España, 2003; Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta. Tomo VI, Buenos Aires, 1989.

⁶¹ Ver: Friedschnitman, Dora. *Nuevos Paradigmas*. Editorial Paidós, México, 1998

⁶² Kuhn, Tomás. *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. México, Brevarios del Fondo de Cultura Económica, México, 1992. 319 Págs. Pág. 13.

⁶³ Kuhn, Tomás. *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Ob. Cit. Pág. 271

⁶⁴ Pérez, Ana Rosa. *Kuhn y el cambio científico*. Fondo de Cultura Económica México. Pág 30

⁶⁵ Kuhn, Tomás. *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Cit. Pág. 44.

Precisando nuestro concepto, desde el enfoque expuesto, el término Paradigma se aplica específicamente en dos sentidos distintos. Por un lado, se le asume como la constelación de creencias, valores, técnicas, etc., que comparten los miembros de una comunidad dada; y por otro, denota una especie de elemento de tal constelación, las concretas soluciones de problemas que, empleadas como modelos o ejemplos, pueden remplazar reglas explícitas como base de la solución de los restantes problemas de la ciencia normal. En ambos casos la transitoriedad es su signo existencial.

En cuanto a su funcionalidad, debemos indicar que el Paradigma cumple funciones de recibir, seleccionar y distinguir los datos provenientes de la realidad, a partir de lo cual pasa a la comprensión del mundo en forma ordenada y coherente en sus diversas dimensiones, deviniendo en guía para la acción y en sustento de toma de decisiones.

I.1. De la Iniciación, consolidación y crisis de los Paradigmas

Asumiendo nuestra definición y las propuestas de Khun, el Paradigma se desenvuelve en el esquema dialéctico siguiente: Presencia – Ciencia Normal – Crisis – Revolución – Nueva Ciencia Normal – Nueva Crisis⁶⁶, constituyéndose así en una relación dialéctica entre una visión inicial, la crisis de la misma y el proceso de cambio que genera para ser sustituida por una nueva visión, que a su vez generará una nueva crisis; contencioso en el que cada etapa produce una visión válida, por lo que la crisis constituye “una condición previa y necesaria para el nacimiento de nuevas teorías”⁶⁷. En razón de ello, se entiende que los inicios de los paradigmas son las crisis de las concepciones vigentes en una época, por lo que resulta de la obra de reconstrucción del proceso que conduce a su implantación. Dicho de otro modo, el Paradigma se halla no solo al final del camino, sino también después del ocaso, como iniciación.

En la esfera de la Ciencia, si el Paradigma es producto de la unificación de los campos de investigación bajo la dirección de un mismo marco de supuestos básicos, esta condición no niega la existencia de cambios, los que se producen por medio del surgimiento de nuevos problemas; cambios que pueden generar la

⁶⁶ Díaz, Esther. *La ciencia y el imaginario social*. Editorial Biblos, 1996. Bs. As., Pág. 95

⁶⁷ Kuhn, Tomás. *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Cit. Pág.128

permanencia, crisis o sustitución del Paradigma vigente. El rechazo de un Paradigma “es siempre, simultáneamente, la decisión de aceptar otro, y el juicio que conduce a esa decisión involucra la comparación de ambos paradigmas con la naturaleza y la comparación entre ellos”⁶⁸. Aquí el consenso admite el cambio, con lo que al final, “el enfoque teórico de un paradigma aceptado socialmente se va haciendo cada vez más preciso y mejor articulado”⁶⁹.

I.2. De la persistencia de lo antiguo en lo nuevo en la crisis y cambio de Paradigma

En la relación dialéctica expuesta, el nuevo Paradigma surge “al menos en embrión, antes de que una crisis haya avanzado mucho en su desarrollo o de que haya sido reconocida explícitamente”⁷⁰, con lo que la negación de la visión vigente se comienza a desarrollar en ella misma. En este contexto, la crisis de los Paradigmas, que son la condición previa para el nacimiento de nuevas teorías, puede terminar de alguna de las siguientes formas: El Paradigma en tela de juicio se muestra finalmente capaz de resolver los problemas que provocaron la crisis; ni los enfoques radicalmente novedosos logran dar cuenta de las anomalías, por lo cual estas se archivan en espera de una etapa futura donde se cuente con mejores herramientas conceptuales e instrumentales de manera que la sociedad determine cuál es el enfoque correcto; o, surge un Paradigma alternativo que parece ofrecer una solución a las anomalías, y comienzan la lucha por lograr una solución.

Por ello, el proceso de cambio, de transición de un Paradigma en crisis a otro, no es un proceso normal de acumulación de saber y entendimiento al que se arribe como consecuencia de una evolución del anterior, por el contrario constituye “una reconstrucción del campo, a partir de nuevos fundamentos, reconstrucción que cambia algunas de las generalizaciones teóricas más elementales del campo, así como también muchos de los métodos y aplicaciones del Paradigma”, lo peculiar es que durante este período de transición “habrá una gran coincidencia, aunque nunca completa, entre los problemas que pueden resolverse con ayuda de los dos

⁶⁸ Kuhn, Tomás. *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Cit. Pág.129.

⁶⁹ Pérez, Ana Rosa. *Kuhn y el cambio científico*. Cit. Pág 31

⁷⁰ Kuhn, Tomás. *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Cit. Pág. 141.

paradigmas, el antiguo y el nuevo; pero habrá también una diferencia decisiva en los modos de resolución”⁷¹.

Los nuevos paradigmas que nacen de los antiguos, “incorporan ordinariamente gran parte del vocabulario y de los aparatos, tanto conceptuales como de manipulación, que previamente empleó el paradigma tradicional. Pero es raro que empleen exactamente del modo tradicional a esos elementos que han tomado prestados. En el nuevo paradigma, los términos, los conceptos y los experimentos antiguos entran en relaciones diferentes unos con otros”⁷².

I.3. De los paradigmas en los períodos de transición social y el cruce de paradigmas. La explicación teórica del desencuentro

La reflexión teórica que hemos expuesto es fundamental para la explicación de nuestra hipótesis de investigación. Se asume como válido, o cierto, que los paradigmas existen y que estos cambian en una articulación dialéctica, idea que llevada al plano de análisis sociojurídico nos es útil para comprender los procesos de transición social y jurídico.

La articulación dialéctica de afirmación y negación conduce en los procesos de transición, a la colisión y cruce de paradigmas, que es la situación en la que convergen dos paradigmas donde uno se encuentra en peligro o en proceso de ser desplazado por el otro. Esta etapa se caracteriza por estar signada por la incertidumbre, por cuanto los actores sociales no saben por cual guiarse, situación produce una crisis que se exterioriza en el desencuentro de mentalidades sociales y, por ende, jurídicas.

Por ello resulta relevante detenernos brevemente, luego de haber analizado la teoría sobre los paradigmas, en el estudio de la Teoría de la Transición Social⁷³, la que asume que los períodos de transición social en general tienen su propia especificidad por cuanto “presentan una tipicidad propia, una articulación específica de las instancias”⁷⁴ debido a una coexistencia compleja, en una formación social en transición de una etapa a otra, situación que implica “un

⁷¹ Kuhn, Tomás. *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Cit. Pág. 139.

⁷² Kuhn, Tomás. *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Cit. Pág. 231.

⁷³ Poulantzas, Nicos. *Poder Político y Clases Sociales en el Estado Capitalista*. Siglo XXI editores. México, 1979. 471 Págs.

⁷⁴ Poulantzas, Nicos. *Poder Político y Clases Sociales en el Estado Capitalista*. Ob. Cit. Pág. 197.

desplazamiento continuo, con frecuencia oculto”⁷⁵, del predominio de una formación social respecto de otra, por lo que la reflexión sobre los períodos de transición “no es la de una genealogía de los elementos, la de los orígenes, sino la de los comienzos de una nueva estructura”⁷⁶,

Este proceso de transición exterioriza la complejidad de su articulación en ámbitos diversos de la organización social, presentándose situaciones de no correspondencia entre proceso económico e ideología jurídica, y, posteriormente, con la norma jurídica⁷⁷, siendo esta “no-correspondencia” la característica de los períodos de transición social, donde se presenta “un desajuste cronológico lo mismo entre las formas del derecho que entre la estructura del Estado, por una parte, y la estructura económica, por otra”⁷⁸.

La explicación del pasado en el presente, del espíritu que se niega a irse, del ayer constante, de la vigencia del pensamiento vetusto, radica en que nos encontramos en una etapa singular, rica en contradicciones e incoherencias.

Al ser nuestra preocupación el desenvolvimiento de un tipo de Derecho en la etapa de transición, en las líneas que siguen analizaremos la evolución de algunos de los paradigmas que han animado el pensamiento de Occidente, para lo que comenzaremos por el Paradigma Medieval representado por el escolasticismo de Santo Tomás de Aquino, seguiremos con algunos de los paradigmas que emergieron con la modernidad y el capitalismo, luego de superar el período absolutista o del Antiguo Régimen, tales como el Paradigma del Estado Liberal y el Paradigma del Estado Social; estudio que comenzaremos a través de autores representativos de dichas perspectivas teóricas, para luego pasar a la exteriorización de los mismos en la forma de Estado.

Desde esta perspectiva asumimos la periodización de Marshall Berman, quien plantea que la Modernidad descrita en términos conceptuales y condición de vida, ha transitado por tres fases, la primera que va de los siglos XVI al SXVIII, donde “la gente apenas experimentaba la vida moderna: no entendía que era lo que los

⁷⁵ Poulantzas, Nicos. *Poder Político y Clases Sociales en el Estado Capitalista*. Ob. Cit. Pág. 197.

⁷⁶ Poulantzas, Nicos. *Poder Político y Clases Sociales en el Estado Capitalista*. Ob. Cit. Pág. 197.

⁷⁷ En relación a este tema, Poulantzas se refiere a la no- correspondencia entre superestructura política e instancia económica. Ver: Poulantzas, Nicos. *Poder Político y Clases Sociales en el Estado Capitalista*. Ob. Cit. Pág. 198.

⁷⁸ Poulantzas, Nicos. *Poder Político y Clases Sociales en el Estado Capitalista*. Ob. Cit. Pág. 200.

afectaba. Andaban a tientas, desesperadamente, en busca de un vocabulario”; la segunda, se inicia a finales del siglo XVIII con los procesos revolucionarios, y la irrupción de nuevos actores políticos, en esta etapa “el público moderno del siglo XIX recuerda todavía como es la vida espiritual y material en un mundo que no es moderno. Las ideas de modernización y modernismo se desarrollan a partir de esta dicotomía interna, esa sensación que proviene de vivir en dos mundos al mismo tiempo”, esta sería una etapa de transición en Occidente; y la última, que abarca el siglo XX se produce cuando “el proceso de modernización se expande para abarcar todo el mundo, y la cultura mundial del modernismo logra triunfos espectaculares en el arte y el pensamiento”⁷⁹.

Así, establecido el marco teórico general, y como paso previo a la contrastación de nuestra hipótesis, en los capítulos siguientes desbrozaremos, a través de la teoría y el devenir histórico, a los paradigmas que han animado la existencia de Occidente.

⁷⁹ Sobre esta periodización ver: Berman, Marshall. *Brindis por la Modernidad*. En: Cosullo, Nicolás (Compilador). Punto Sur S.R.L. Buenos Aires, 1989. 399 Págs. Pág. 68.

CAPÍTULO II
DEL PARADIGMA MEDIEVAL AL
PARADIGMA DE LA PRIMERA FASE DE
LA MODERNIDAD. LOS SIGLOS XVI AL
XVIII

I. EL PARADIGMA MEDIEVAL. LA ESCOLÁSTICA

El Paradigma Medieval se comenzó a configurar desde la Filosofía Patrística. San Agustín de Hipona, su más significativo representante, integró a su reflexión la propuesta de Platón, planteando el debate con el panteísmo en el contexto de la explicación de la caída de Roma en poder de los bárbaros. En sus obras “La Ciudad de Dios” y “Confesiones” formuló las bases de lo que sería la explicación trascendental del orden, la justificación y la defensa de Dios; la influencia de San Agustín y de la Filosofía Patrística se mantuvo hasta el siglo VIII de nuestra era.

I.1. El Escolasticismo de Santo Tomás de Aquino como fundamento del Paradigma Medieval

La Filosofía Escolástica se inició por el siglo VIII, con Juan Escoto, habiendo llegado a su apogeo en el siglo XIII, con la obra de Santo Tomás de Aquino⁸⁰, cuya Filosofía adoptó el pensamiento de Aristóteles e incorporó a la razón en la explicación de la divinidad, configurando la articulación entre Filosofía y Teología; constituyendo esta corriente filosófica, la continuación de la explicación trascendental del orden.

La Filosofía Escolástica constituye un pensamiento conformado por múltiples dimensiones y complejidades, por lo que para el presente marco teórico y en razón de la finalidad de la investigación, sólo nos avocaremos a la reflexión política y jurídica.

Para Santo Tomás todo ser tiene esencia y existencia, Alma y Cuerpo, a excepción de Dios, quien es la causa primera. Desde esta perspectiva distingue entre Filosofía y Teología, la misma que descansa en la separación entre orden natural y sobrenatural, que no es otra cosa que el orden de la razón humana y el de la revelación y la fe, dimensiones que pueden establecer niveles de colaboración. Según Santo Tomás, Dios no sólo crea al mundo sino que también lo gobierna conforme a un Plan, el “Plan de Dios” para todo el universo, donde el hombre – individual o especie humana – es pensado en función de un fin último consistente en la felicidad o bienaventuranza. Pero como este hombre integra una

⁸⁰ 1225-1274.

Comunidad, el fin se transfiere a ésta, constituyéndose el concepto de bien común.

I.1.1. La validación del Orden Trascendental

La Filosofía Escolástica desarrolló la idea de la existencia del Derecho Natural Trascendental, entendiéndolo como una teoría “en la cual el Derecho tiene su fundamento en Dios, en el Dios cristiano trascendente”, siendo su participación en la Ley Eterna y constituyendo el contenido del objeto de la justicia. Este Derecho además de ser cognoscible por la razón, establece una íntima unión entre Derecho y moral⁸¹.

En la propuesta de Santo Tomás, la Ley es un instrumento racional para el logro del bien común, y es a la vez regla y medida de los actos humanos, sirviendo tanto para guiar a los hombres como para juzgarlos⁸². La Ley constituye una prescripción de la razón en orden al bien común, que es promulgada por aquel que tiene a su cargo el cuidado de la Comunidad. Según Santo Tomás, existen cuatro tipos de leyes: La Ley Eterna; la Ley Divina; la Ley Natural y la Ley Humana.

En La Cuestión 90 de la Summa Theologica, explica la esencia de la Ley, indicando a partir de la orientación de la Ley hacia el Bien Común y su pertenencia a la Comunidad, la necesidad de su promulgación, “la ley requiere su promulgación a efectos de ser conocida por todos los miembros de la comunidad”⁸³.

II. EL PARADIGMA DE LA PRIMERA FASE DE LA MODERNIDAD

La condición moderna y la configuración del nuevo Paradigma se inician en Occidente durante el Renacimiento. Los siglos XV y XVI marcan el comienzo de una nueva época que se caracteriza por plantear “Ideologías de libertad, de individualidad creadora, incursiones neoplatónicas, cabalísticas y alquímicas hacia saberes prohibidos por el poder teocrático preanuncian y promueven las representaciones de la cultura burguesa: un sujeto camino a su autonomía de conciencia frente al tutelaje de dios, un libre albedrío alentado por la experimentación científica frente a los dogmas eclesiásticos, un conocimiento

⁸¹ Ángel Russo, Eduardo. *Teoría General del Derecho en la Modernidad y en la Posmodernidad*. Cit. Pág. 51.

⁸² Ángel Russo, Eduardo. *Teoría General del Derecho en la Modernidad y en la Posmodernidad*. Cit. Pág. 47.

⁸³ Ángel Russo, Eduardo. *Teoría General del Derecho en la Modernidad y en la Posmodernidad*. Cit. Pág. 47

humanista de la naturaleza regido por ansias de aplicación, de utilidad y hallazgo de verdades terrenales, en un marco cultural trastocado por los estudios copernicanos”⁸⁴. Para Marshall Berman, la Modernidad es el compartir, por parte de los hombres y mujeres, de una forma de experiencia vital “del espacio y el tiempo, del ser y de los otros, de las posibilidades y los peligros de la vida”⁸⁵.

II.1. El Paradigma de la Modernidad de Europa Continental e Insular. El Discurso de la Racionalidad Moderna en la coyuntura del Antiguo Régimen⁸⁶

La configuración del Paradigma de la Modernidad de Europa Occidental e Insular, que comprende a Inglaterra, España, Francia, Italia, Alemania, etc., tuvo una matriz común que luego, en razón de las circunstancias históricas y la nueva dinámica impuesta por el Descubrimiento de América y la emergencia del Estado Absoluto, se fracturó, separándose de ella el proceso ibérico del resto de Europa, configurándose con ello dos racionalidades, donde cada una generó su propio discurso legitimador, su propia visión de la vida, su peculiar visión del mundo.

II.1.1. El Paradigma de la Modernidad Ibérica y el Pensamiento de Santo Tomás de Aquino

El Paradigma de la Modernidad Ibérica⁸⁷ consiste en la adaptación del pensamiento escolástico y, en especial el tomista, a la nueva realidad que imponía la etapa previa al Descubrimiento y posterior Conquista y Colonización de América. Al respecto Richard Morse considera que si bien es cierto que España evadió los procesos político-religioso y económico por el que atravesaban países vecinos, “no es negar que estaba sumamente abierta a tendencias provenientes de todas partes de Europa”⁸⁸, más aún cuando para asumir su labor gubernativa había coincidencias en la sociedad española respecto de sus “fuentes de legitimidad, el alcance debido de su poder, su responsabilidad de asegurar justicia

⁸⁴ Cosullo, Nicolás. *Un debate para reiniciar la crítica*. En: El Debate Modernidad post Modernidad. Cosullo, Nicolás (Compilador). Punto Sur S.R.L. Buenos Aires, 1989. 399 Págs. Pág. 15

⁸⁵ Berman, Marshall. *Brindis por la Modernidad*. Cit. Pág. 67.

⁸⁶ El Antiguo Régimen es el período de la historia europea que va desde el siglo XV al siglo XVIII y que coincide con los albores de la modernidad. Es la etapa previa a la hegemonía del liberalismo.

⁸⁷ La modernidad Ibérica se ubicaría, según clasificación de Marshall Berman, en la primera etapa de la modernidad, la misma que comprende el período que transcurre entre principios del siglo XVI a fines del siglo XVIII. Ver: Berman, Marshall. *Brindis por la Modernidad*. Cit. Pág. 67.

⁸⁸ Morse, Richard. *El Espejo de Próspero*. Cit. Pág. 43.

y equidad, su misión “civilizadora” frente a los pueblos no cristianos de su territorio y de ultramar”⁸⁹.

Para el siglo XVI, que es el momento en que se produjo el Descubrimiento, los gobernantes españoles tenían dos orientaciones ideológicas para asumir su labor ecuménica. Por un lado estaba la tradición medieval tomista cuyas fuentes eran las “Siete Partidas”, “que definían a los sujetos políticos no como “individuos” sino por su ubicación social y su misión cristiana; su gobernante, si bien no era responsable ante ellos por procedimientos formales, estaba obligado en conciencia a imponer leyes públicamente reconocibles por Dios”; por el otro estaba la propia del Renacimiento, el pensamiento de Maquiavelo ““amoral”, forjada en un marco de nacientes estados nacionales y príncipes cristianos competidores”. En el fondo se discutía si incorporar pacíficamente a los indios a la cristiandad o someterlos a la servidumbre; el mantener el exclusivismo medieval en el comercio con las indias o aperturarlo para que se vinculen a otras economías capitalistas⁹⁰.

La elección española, que se consolidó en el reinado de Felipe II, fue por la visión tomista. El pensamiento político español que procesó la visión tomista, se configuró sobre las siguientes fuentes: La filosofía de la alta escolástica; la tradición escolástica; la reacción antimachiavelística y la explosión ascético – mística⁹¹. Estos componente paradigmáticos le permitieron a España, en el siglo XVI y siguientes, configurar su visión ecuménica. Había creado una civilización que comprendía preceptos morales, éticos, religiosos, políticos⁹² y organizacionales.

Como consecuencia de la consolidación de este Paradigma, en el siglo XVII español la concepción de orden descansaba en la unidad y justicia que representaba un sistema jerárquico en el que la tranquilidad y la paz sólo podían lograrse “cuando las cosas se ponían en su propio lugar, tal como lo había

⁸⁹ Morse, Richard. *El Espejo de Próspero*. Cit. Pág. 43.

⁹⁰ Sobre estos temas ver: Morse, Richard. *El Espejo de Próspero*. Cit. Pág. 65.

⁹¹ Ver: Stoetzer, O. Carlos. *El Pensamiento Político en la América Española durante el periodo de la Emancipación (1789-1825) Vol. I*. Cit. Al respecto, el referido autor cita, respecto de las fuentes del pensamiento político español en el siglo XVII, a las siguientes autores y obras: Filosofía de la Alta Escolástica: Francisco Suárez: “De Legibus”, “Defensio Fidei”; Tradición Escolástica: Santo Tomás de Aquino “De regno as Regem Cypri” y la “Summa Theologica”; la reacción antimachiavelista: Pedro de Rivadeneyra, “Tratado de la religión y virtudes que debe tener el Príncipe cristiano para gobernar y conservar sus estados. Contra lo que Nicolás de Maquiavelo y los políticos de este tiempo enseñan”, Madrid 1595.

⁹² Anna, Timothy E. España y la Independencia de América. Fondo de Cultura *Económica*. Cit. Pág. 29

enseñado la filosofía política de la Edad Media”; orden que exigía una autoridad política. Se asumía que el fin de la sociedad debía ser político y que el Estado debía tener una gran autoridad, por lo que se exigía un fortalecimiento del poder⁹³, a lo que se debe agregar la profunda visión religiosa.

Esta elección paradigmática que configura la Modernidad Ibérica sobrevivió a los Borbones y se constituyó en el sustrato teórico de quienes vivieron y se formaron académicamente durante la Colonia, continuando en la etapa postcolonial y marcando la cultura política de los países latinoamericanos donde se asistió a la incorporación del Paradigma que había configurado el resto de Europa Occidental y que había sido negado por España.

II.2. La configuración del Paradigma de la Modernidad de Europa Continental e Insular

Richard Morse plantea como inicio de este Paradigma el debate al interior de la propia Iglesia Católica, cuando Guillermo de Ockham, Filósofo y sacerdote franciscano inglés que vivió en el siglo XIV⁹⁴ formuló algunos cuestionamientos de ciertos dogmas religiosos. Así Morse indica que su visión, lejos de ser rígida y dogmática “era experimental, tolerante y pluralista ... y la estrategia probabilista que prohibía afirmar una certidumbre mayor que la permitida por el tema pero, al hacerlo, autorizaba opiniones probables cuando la certidumbre era imposible”⁹⁵; apreciación a la que se debe agregar la afirmación del conocimiento demostrable, de certeza o certidumbre, tanto en la física como en la moral, argumentación que estaba en la racionalidad de los pioneros científicos y religiosos como Lutero, Calvino, Galileo, Descartes y Pascal⁹⁶, así como las perspectivas filosóficas de Bacon, Locke, Berkeley.

La elección paradigmática no se hizo sobre una concepción filosófica uniforme, sino que esta se bifurcó en dos grandes corrientes de pensamiento que influyeron en los siglos XIX y XX en América Latina. La primera, la Empirista que tuvo como teórico esencial a John Locke⁹⁷; y la segunda, la Racionalista, que fue asumida

⁹³ Ver: Stoetzer, O. Carlos. *El Pensamiento Político en la América Española durante el período de la Emancipación (1789-1825)* Vol. I. Cit. Pág. 18.

⁹⁴ 1300-1348.

⁹⁵ Morse, Richard. *El Espejo de Próspero*. Cit. Pág. 39.

⁹⁶ Ver: Morse, Richard. *El Espejo de Próspero*. Cit. Pág. 39.

⁹⁷ 1623-1704

por René Descartes⁹⁸ que estableció que la razón es la única que otorga certeza al conocimiento, por lo que asumió que existen ideas innatas, y Thomas Hobbes quien desde la razón desarrolló la idea de Estado.

II.2.1. El Racionalismo de René Descartes y Thomas Hobbes y el Discurso de la Racionalidad Moderna.

ii. René Descartes

El pensamiento de René Descartes, Racionalista del siglo XVII de Europa Continental, constituye una etapa significativa en la formulación de la Racionalidad Moderna que se configuró ajena a España, y no compartida en la Europa Insular, y cuya propuesta implica el quiebre con el Paradigma Medieval Escolástico.

Descartes estableció la autonomía absoluta de la Filosofía y de la razón ante el pensamiento o autoridades religiosas o tradicionales, asumiendo que la razón sólo se podía someter a ella misma, siendo capaz de determinar lo verdadero y conveniente tanto en el conocimiento, como en la vida política y moral; siendo la capacidad de distinguir lo verdadero de lo falso, no bastando para ello tener buen entendimiento, siendo lo relevante el aplicarlo bien⁹⁹.

En su propuesta, la visión promisorio del futuro deja de lado a la apocalipsis religiosa, formulando así “las bases de un programa epistemológico que con el tiempo habría de establecer las fundaciones de la ciencia moderna... la filosofía moderna consistirá... en la progresiva toma de conciencia de la capacidad racional”¹⁰⁰. En su obra “El Discurso del Método”, indica, en relación al conocimiento que se adquiere por la experiencia, que “aprendió a no creer firmemente en nada” que sólo le hubiera sido enseñado “por el ejemplo y la costumbre”, librándose así de errores que pudieran haber ofuscado su luz natural “y hasta menos capaces de comprender la razón”¹⁰¹; estableciendo las siguientes reglas del saber científico: El acceso al saber a través de la duda; la división del saber; la división de las dificultades a efectos de analizarla de la mejor forma

⁹⁸ 1596-1650

⁹⁹ Descartes, René. *Discurso del Método*. Mestas Ediciones. Madrid, 2001. Pág. 23.

¹⁰⁰ Donoso, Pedro. *Introducción al Discurso del Método*. En: Descartes, René. *Discurso del Método*. Mestas Ediciones. Madrid, 2001. Pág. 6.

¹⁰¹ Ver: Descartes, René. *Discurso del Método*. Ob. Cit. Pág. 30.

Esta idea de la organización preconcebida también es desarrollada en la cita siguiente: “Figurábame, por esto, que los pueblos que, habiendo sido en otro tiempo semisalvajes, se han civilizado poco a poco y han formado sus leyes a medida que ello les obligaba el malestar que causan los crímenes y las querellas, no pueden ser tan cultos como los que han observado las constituciones de un legislador prudente desde el momento en que por primera vez se reunieron”. *Discurso del Método*. Mestas Ediciones. Madrid, 2001. Pág.34.

posible; el acceso al conocimiento complejo a través de lo más simple; la enumeración del saber recopilado¹⁰².

Asimismo, incorporó en su análisis la Duda Metódica, la que lo conduce a la hipótesis del genio maligno, según la cual “después de haber examinado las diferentes razones para dudar de todo, quedan todavía en pie las verdades matemáticas, tan simples, claras y evidentes, que parece que la duda no puede hacer mella en ellas. Pero Descartes también las rechaza fundándose en la consideración de que acaso maneje el mundo un Dios omnipotente, pero lleno de tal malignidad y astucia, que se complace en engañarme y burlarme a cada paso, aun en las cosas que más evidentes me parecen”¹⁰³. En cuanto a la interrelación entre las cosas, manifiesta que “todas las cosas que entran en la esfera del conocimiento humano se encadenan de la misma manera; de suerte que, con tal de abstenerse de recibir por verdadera ninguna que no lo sea, y de guardar siempre el orden necesario para deducir las unas de las otras, ninguna puede haber tan lejana que al fin no se llegue a ella, ni tan oculta que nunca se descubra”¹⁰⁴. Otro aspecto relevante de la teoría cartesiana es la del orden y el caos. Para él existen leyes de la naturaleza que ordenan el caos¹⁰⁵, siendo la ordenación del mundo efectuada sobre la base razón, criterio que se desenvolverá en todos los ámbitos de la vida, incluso en la probanza de Dios, donde el primer principio de su Filosofía es “yo pienso, luego existo”¹⁰⁶.

ii. Thomas Hobbes

Thomas Hobbes parte su análisis de la siguiente condición hipotética: Los hombres en su estado natural, es decir, antes de constituirse en sociedad, se encuentran en guerra permanente de todos contra todos, por cuanto existe igualdad de derechos para acceder y apropiarse de todas las cosas, formulando

¹⁰² “Fue el primero, no admitir como verdadera cosa alguna, como no supiese con evidencia que lo es; es decir, evitar cuidadosamente la precipitación y la prevención, y no comprender en mis juicios nada más que lo que se presentase tan clara y distintamente a mi espíritu, que no hubiese ninguna ocasión de ponerlo en duda.

El segundo, dividir cada una de las dificultades, que examinare, en cuantas partes fuere posible y en cuantas requiriese su mejor solución.

El tercero, conducir ordenadamente mis pensamientos, empezando por los objetos más simples y más fáciles de conocer, para ir ascendiendo poco a poco, gradualmente, hasta el conocimiento de los más compuestos, e incluso suponiendo un orden entre los que no se preceden naturalmente.

Y el último, hacer en todo unos recuentos tan integrales y unas revisiones tan generales, que llegase a estar seguro de no omitir nada”. Ver: Descartes, René. *Discurso del Método*. Ob. Cit. Pág. 38

¹⁰³ *Introducción al Discurso del Método*. En: Psikolibro. Pág. 7.

¹⁰⁴ Descartes, René. *Discurso del Método*. Cit. Pág. 39.

¹⁰⁵ Descartes, René. *Discurso del Método*. Cit. Pág. 66.

¹⁰⁶ Descartes, René. *Discurso del Método*. Cit. Pág. 56.

como reflexión que *“el hombre es una especie de Dios para el Hombre y que el hombre es un auténtico lobo para el hombre”*¹⁰⁷.

En este contexto plantea la existencia de leyes de naturaleza, entendiendo por tal como al dictado de la recta razón¹⁰⁸, siendo la primera ley de naturaleza la de que *“cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tiene la esperanza de lograrla; y cuando no puede obtenerla, debe buscar y utilizar todas las ayudas y ventajas de la guerra”*¹⁰⁹, derivándose de esta ley la que establece *“que el derecho de todos los hombres a todas las cosas no debe ser retenido, sino que algunos derechos deben ser transferidos o debe renunciarse a ellos”*¹¹⁰. Hobbes precisa que *“estamos obligados a transferir a otros aquellos derechos que, retenidos, perturbaban la paz de la humanidad”*¹¹¹.

Cuando aborda el tema del Estado indica que los hombres aceptan dicha institución debido al cuidado de su propia conservación. Es Estado se origina en la transferencia de derechos *“en forma tal como si cada uno dijera a todos: autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transfereis a él vuestro derecho, y autorizéis todos sus actos de la misma manera”*; decisión que constituye el origen del Leviatan o del dios mortal¹¹².

Al analizar la transferencia de derechos y la representación en el titular de la delegación, indica que dicha transferencia implica que la multitud de hombres se convierten en una persona *“cuando está representada por un hombre o una persona, de tal modo que ésta puede actuar con el consentimiento de cada uno de los que integran esta multitud en particular. Es, en efecto, la unidad del representante, no la unidad de los representados lo que la persona una, y es el representante quien sustenta la persona, pero no una sola persona; y la unidad no*

¹⁰⁷ Hobbes, Thomas. *De Cive*. Alianza Editorial. Madrid, 2000. 351 Págs. Pág. 33.

¹⁰⁸ Hobbes, Thomas. *De Cive*. Ob. Cit. Pág. 67. En la misma página, Hobbes hace la siguiente referencia a la recta razón *“En el estado de naturaleza de los hombres, no entiendo por recta razón, como muchos hacen, una facultad infalible, siendo el acto de razonar, esto es, el peculiar y verdadero razonamiento de todo hombre acerca de aquellas acciones suyas que pueden redundar en daño o en beneficio de sus prójimos. Digo que es peculiar porque aunque en un gobierno civil la razón del supremo, es decir, la ley civil, ha de ser recibida por cada súbdito como razón recta y justa, cuando falta dicho gobierno civil y se vive en un estado en el que ningún hombre puede distinguir entre la recta razón y la falsa, como no sea comparándola con la suya propia, la razón de cada hombre debe ser tomada no sólo como norma de sus acciones, las cuales son realizadas a su propio riesgo, sino también como medida de la razón de otro hombre en lo tocante a esas cosas que le conciernen”*.

¹⁰⁹ Hobbes, Thomas. *El Leviatan*. Fondo de Cultura Económica. México, 1996. 618 Págs. Pág. 107.

¹¹⁰ Hobbes, Thomas. *De Cive*. Cit. Pág. 68.

¹¹¹ Hobbes, Thomas. *El Leviatan*. Cit. Pág. 118.

¹¹² Hobbes, Thomas. *El Leviatan*. Cit. Pág. 141.

puede comprenderse de otro modo en la multitud”¹¹³. En este orden de ideas, si este es el origen del Estado, seguidamente establece que puede utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y la defensa común”, siendo el titular del Estado el Soberano¹¹⁴.

Establecido el origen y las definiciones, Hobbes instituye la relación entre Soberano y Súbditos en términos absolutos, indicando que es contrario a la razón alcanzar la soberanía por la rebelión; que el ejercicio del poder sólo puede ser juzgado por el soberano, “haga lo que haga el que manda, no debe castigársele”¹¹⁵; y que “el poder supremo no puede ser legalmente disuelto por acuerdo entre aquellos por cuyos contratos se ha constituido”¹¹⁶.

II.2.2. El Empirismo de John Locke¹¹⁷. El Pensamiento de Europa Insular

En la misma línea de pensamiento ius naturalista racional de Hobbes, pero distinto en cuanto a la comprensión del ejercicio del poder, es Jhon Locke. En su obra Ensayo Sobre el Entendimiento Humano, establece, desde la perspectiva del Racionalismo, una forma distinta, respecto de la propuesta de Descartes y Hobbes, de comprender el mundo.

En un trabajo donde se propone investigar “los orígenes de la certidumbre y el alcance del entendimiento humano”, Locke se plantea las interrogantes respecto de ¿qué es la razón? Y ¿en qué consiste razonar? La respuesta a ambas preguntas involucra su comprensión del conocimiento y el distanciamiento de la visión cartesiana y hobsiana. La razón, indica Locke, es “la facultad de deducir verdades desconocidas, partiendo de principios o proposiciones ya conocidos”¹¹⁸, a la que agrega, absolviendo la segunda interrogante, la respuesta siguiente: “Si el conocimiento general consiste ... en una percepción del acuerdo o del desacuerdo de nuestras propias ideas, y si el conocimiento de la existencia de todas las cosas afuera de nosotros ... únicamente se obtiene por los sentidos, entonces ¿qué lugar queda para el ejercicio de cualquier otra facultad, que no sean la percepción exterior de los sentidos y la percepción interior de la mente?

¹¹³ Hobbes, Thomas. *El Leviatán*. Cit. Pág. 135.

¹¹⁴ Hobbes, Thomas. *El Leviatán*. Cit. Pág. 141.

¹¹⁵ Hobbes, Thomas. *De Cive*. Cit. Pág. 129.

¹¹⁶ Hobbes, Thomas. *De Cive*. Cit. Pág. 121.

¹¹⁷ Locke, Jhon. *Ensayo sobre el Entendimiento Humano*. Fondo de Cultura Económica. Santa Fe de Bogotá, Colombia 2000. 753 Págs.

¹¹⁸ Locke, Jhon. *Ensayo sobre el Entendimiento Humano*. Cit. Pág. 25

¿Qué necesidad tenemos de la razón? Tenemos una gran necesidad de ella, tanto para la ampliación de nuestro conocimiento como para gobernar nuestro asenso; porque tiene que ver, juntamente con el conocimiento y con la opinión, y hace falta y auxilia a todas nuestras demás facultades intelectuales...”¹¹⁹.

Las respuestas parten de una premisa básica, no existen principios innatos en la mente¹²⁰, estos no están impresos naturalmente en el alma¹²¹, ni la razón es capaz de descubrirlos “De manera que hacer que la razón descubra esas verdades así impresas es tanto como decir que el uso de la razón le descubre a un hombre lo que ya sabía antes”¹²²; por ello afirma que admite “la necesidad de que los hombres lleguen a uso de razón antes de alcanzar conocimiento de esas verdades generales; pero niego que cuando los hombres llegan a uso de razón, sea entonces el momento en que las descubren”¹²³.

Si esta es su visión de la adquisición de conocimientos y de la razón, entonces ¿cuál es el procedimiento mediante el cual el hombre adquiere el conocimiento? El camino de la respuesta se inicia con los sentidos, quienes son los que inicialmente permiten el ingreso de las ideas particulares a nuestra mente, las mismas que se van articulando y alojando en la memoria de los hombres, así “la mente llega a surtirse de ideas y de lenguaje, los materiales propios para ejercitar su facultad discursiva y el uso de razón”¹²⁴.

En este contexto, las ideas constituyen el objeto del acto de pensar y se adquieren mediante la observación y la experiencia. La experiencia sería el fundamento de nuestro saber y el acto de donde se deriva, mientras que las observaciones que efectuamos respecto de los objetos sensibles externos o de las operaciones internas de nuestra mente, “proveen a nuestro entendimiento de todos los materiales del pensar”¹²⁵. Locke concluye en que los objetos de la sensación constituyen uno de los orígenes de las ideas, donde los sentidos “transmiten respectivas y distintas percepciones de cosas a la mente, según los variados

¹¹⁹ Locke, Jhon. *Ensayo sobre el Entendimiento Humano*. Cit. Pág. 673.

¹²⁰ Locke, Jhon. *Ensayo sobre el Entendimiento Humano*. Cit. Pág. 21.

¹²¹ Locke, Jhon. *Ensayo sobre el Entendimiento Humano*. Cit. Pág. 23.

¹²² Locke, Jhon. *Ensayo sobre el Entendimiento Humano*. Cit. Pág. 25.

¹²³ Locke, Jhon. *Ensayo sobre el Entendimiento Humano*. Cit. Pág. 27.

¹²⁴ Locke, Jhon. *Ensayo sobre el Entendimiento Humano*. Cit. Pág. 29.

¹²⁵ Locke, Jhon. *Ensayo sobre el Entendimiento Humano*. Cit. Pág. 83.

modos en que esos objetos los afectan”¹²⁶; elemento al que se debe agregar las operaciones de la mente, que es la otra fuente de donde la experiencia provee de ideas al entendimiento, por lo que “las cosas externas materiales como objetos de la sensación, y las operaciones internas de nuestra mente, como objetos de reflexión, son ... los únicos orígenes de donde todas nuestra ideas proceden inicialmente”¹²⁷.

En cuanto a su perspectiva de la explicación y validación del poder, Locke se ubicaba entre los contractualista. Consideraba que el estado de naturaleza del hombre era el “de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la ley de la naturaleza, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre”¹²⁸; estado de naturaleza en el que permanecía hasta que por propia voluntad decidía hacerse miembro de alguna sociedad política.

La sociedad política se configuraba cuando el hombre renunciaba a su poder natural y lo entregaba a la comunidad, deviniendo con ella la comunidad en árbitro en caso de controversias. Así indicaba que “siempre que cualquier número de hombres esté así unido en sociedad de tal modo que cada uno de ellos haya renunciado a su poder ejecutivo de ley natural y lo haya cedido al poder público, entonces, y sólo entonces tendremos una sociedad política o civil”¹²⁹.

III. REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL PARADIGMA MEDIEVAL Y EL PARADIGMA DE LA PRIMERA FASE DE LA MODERNIDAD

El Paradigma Medieval constituyó el sustrato común de Occidente, teniendo en la modernidad una solución de fractura y de continuidad. En Europa Occidental e Insular se asistió al quiebre de la tradición escolástica y al surgimiento de una propuesta comprensivas, mientras que en España se concurrió a la continuidad y redefinición del Paradigma Medieval Escolástico.

Por otro lado, se tiene que el Paradigma de Europa Continental no fue homogéneo, sino que al interior del mismo se planteó un debate entre la visión

¹²⁶ Locke, Jhon. *Ensayo sobre el Entendimiento Humano*. Cit. Pág. 83.

¹²⁷ Locke, Jhon. *Ensayo sobre el Entendimiento Humano*. Cit. Pág. 84.

¹²⁸ Locke, Jhon. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Alianza Editorial, Madrid, 1994. 238 Págs. Pág. 36.

¹²⁹ Locke, Jhon. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Ob. Cit.. Pág. 104.

cartesiana y la lockeana; debate que continuó en la Segunda Fase de la Modernidad, el mismo que desarrollamos en el Capítulo siguiente.

CAPÍTULO III

**LOS PARADIGMAS DE LA SEGUNDA
FASE DE LA MODERNIDAD DE EUROPA
CONTINENTAL E INSULAR. LOS SIGLOS
XVIII-XIX**

***EL PARADIGMA RACIONAL
EVOLUCIONISTA Y EL PARADIGMA
CONSTRUCTIVISTA***

I. EL PARADIGMA RACIONAL EVOLUCIONISTA Y RACIONAL CONSTRUCTIVISTA

La formulación de los paradigmas de la segunda fase de la modernidad se gestó en el período del Antiguo Régimen y en la emergencia del Estado Burgués de Derecho. En esta coyuntura se continuó con los lineamientos establecidos en la primera fase, con la diferencia de que durante este período se consolidaron sus perspectivas comprensivas y se establecieron las bases para el conflicto de los mismos durante el siglo XX.

Para efectos expositivos, y teniendo en cuenta la solución de continuidad entre los paradigmas precedentemente expuestos y los desarrollados durante los siglos XVIII y XIX, hemos optado por asumir la diferenciación que propone Friederich Hayek respecto de los tipos de paradigmas que se han formulado en Occidente y que se involucraron con el desarrollo del capitalismo.

En cuanto a la ubicación de los distintos autores en cada uno de dichos paradigmas, decidimos continuar aplicando el criterio de Hayek, así como el nuestro, obtenido a partir del estudio de las propuestas de cada uno de ellos.

En este orden tenemos que Friederich Hayek distingue entre el Paradigma Racional Evolucionista y el Paradigma Racional Constructivista, correspondiendo al primero aquellos autores que entienden que el mundo no es producto de la razón, ni puede ser preordenado por ella, y a los segundos los que asumen que el mundo puede ser ordenado a partir de la razón y de la determinación de las leyes que gobiernan la sociedad.

Somos conscientes que el análisis se podría ampliar con otros autores, tanto de una como de otra visión paradigmática, o de ampliar el ideario de Locke con Hume, o el cartesiano, pero ese no es el objeto de este marco teórico, sino el de presentar en forma sintética los paradigmas que orientaron la Modernidad en Occidente. Así, para el caso del primero, el Paradigma Racional Evolucionista analizaremos sólo las propuestas de Adam Smith¹³⁰, mientras que para el segundo, el Paradigma Racional Constructivista, haremos lo mismo con Auguste

¹³⁰ Smith, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Fondo de Cultura Económica. México, 2004. 917 Págs.; *Teoría de los sentimientos morales*. Fondo de Cultura Económica. México, 2004. 133 Págs.

Comte, Guillermo Federico Hegel y Carlos Marx. Todos autores relevantes y vigentes.

I.1. El Paradigma Racional Evolucionista. El Interés y el Orden Espontáneo en Adam Smith

I.1.1. El sustrato del interés: La simpatía y la aprobación

Haciendo una síntesis crítica de la propuesta ius racionalista de Thomas Hobbes, Adam Smith¹³¹ indicaba que esta se refería a que el estado de naturaleza del hombre era bélico, por lo que la coexistencia social y pacífica era imposible antes de la instalación del Gobierno Civil, organización en la cual se debe obediencia al “supremo magistrado”, cuya autoridad garantizaba la estabilidad. Así, las normas que emitía el Magistrado debían ser consideradas como “las últimas y absolutas normas de lo justo e injusto, del bien y el mal”, asumiéndose que “no había diferencia de naturaleza entre el bien y el mal, que éstos eran valores mudables y variables y que dependían de la simple voluntad arbitraria del magistrado civil”¹³². Desde esta perspectiva entendía que la propuesta era coherente, ya que se asumía que la mente poseía, con prioridad a toda Ley, la noción de los distinguos indicados, por lo que la razón se constituía en el eje explicativo válido y diferenciador “entre el bien y el mal”, “la verdad y el error”, siendo considerada “como primera causa y principio de la aprobación y reprobación”¹³³. Esta era, también, la perspectiva cartesiana.

En crítica a la perspectiva ius racionalista y asumiendo que esta se había consolidado en la medida que no existía la “ciencia abstracta de la naturaleza humana”¹³⁴ y que las sentencias morales se habían formado como máxima general a partir de la experiencia y de la inducción, que era el método de la razón¹³⁵, Smith indicaba que antes de la existencia de legislación alguna o institución positiva, “la mente estaba dotada por naturaleza de una facultad mediante la cual podía distinguir, en determinados actos y afectos, las cualidades de lo bueno, lo laudable y lo virtuoso, y, en otros, las de lo malo, lo censurable y lo

¹³¹ Ver: Smith, Adam. *Teoría de los sentimientos morales*. Ob. Cit. Pág. 120 y siguientes.

¹³² Smith, Adam. *Teoría de los sentimientos morales*. Ob. Cit. Pág. 121.

¹³³ Smith, Adam. *Teoría de los sentimientos morales*. Ob. Cit. Pág. 122.

¹³⁴ Smith, Adam. *Teoría de los sentimientos morales*. Ob. Cit. Pág. 122.

¹³⁵ Al respecto puede verse: Descartes, Renato. *El Discurso del Método*. Cit.

vicioso”¹³⁶, por lo que la Ley, no podía ser la primera causa de los distinguos indicados por Hobbes. Por otro lado, y al establecer las limitaciones del método inductivo racionalista precisaba que al fundarse los juicios de lo bueno y lo malo en máximas obtenidas “por una inducción de la razón” se concluía en que la virtud era la conformidad con la razón, criterio que terminaba teniendo connotación jurídico positiva¹³⁷; apreciación con la que disenta.

Para Adam Smith, era “absurdo e ininteligible suponer que las percepciones primarias de lo bueno y lo malo procedan de la razón”, ya que estas (las percepciones primarias), así como toda experiencia en que cualquier regla general se funda, “no pueden ser objeto de la razón, sino de un inmediato sentido y emoción”¹³⁸. Para él, las reglas generales se formaban a través de la experiencia, y eran universalmente aceptadas y establecidas por la concurrencia de los sentimientos de todos los hombres. Se apelaba a ellas “como normas de juicio para determinar el grado de encomio o de reproche que merecen ciertos actos complicados o dudosos”¹³⁹; y se formaban descubriendo “que en una gran variedad de casos un modo de conducta constantemente nos agrada de cierta manera, y que, de otro modo, con igual constancia, nos resulta desagradable”¹⁴⁰, labor que no puede desarrollar la razón, por cuanto esta sólo se limita a “revelar que tal objeto es medio para obtener algo que sea placentero o no”¹⁴¹.

En este orden de ideas y dejando de lado la perspectiva racionalista, para privilegiar la de las percepciones primarias y de las reglas generales, y teniendo en cuenta la referencia al sentir por lo bueno y lo malo, por el encomio o el reproche, por la conducta agradable o desagradable o la simpatía plasmada en la crítica como lo que no puede asir, ni explicar la razón, surge la temática de la conversión de este sentimiento de aprobación en Principio de Aprobación, entendido este como el “poder o facultad mentales que hacen que ciertos

¹³⁶ Smith, Adam. *Teoría de los sentimientos morales*. Cit. Pág. 121.

¹³⁷ Smith, Adam. *Teoría de los sentimientos morales*. Cit. Pág. 123.

¹³⁸ Smith, Adam. *Teoría de los sentimientos morales*. Cit. Pág. 123.

¹³⁹ Smith, Adam. *Teoría de los sentimientos morales*. Cit. Pág. 91.

¹⁴⁰ Smith, Adam. *Teoría de los sentimientos morales*. Cit. Pág. 124.

¹⁴¹ Smith, Adam. *Teoría de los sentimientos morales*. Cit. Pág. 124.

caracteres nos resulten agradables o desagradables”¹⁴² y que tiene la condición de “regla universal”¹⁴³.

En cuanto a la explicación del Principio Aprobatorio, Smith establecía que existían tres perspectivas: el amor a si mismo que conduce a la aprobación de las propias acciones; la razón, como mecanismo de distinción entre lo bueno y lo malo; y la que establece que la aprobación depende “de un inmediato sentimiento y emoción, y obedece a la satisfacción o aversión que nos inspira la contemplación de ciertos actos y emociones”¹⁴⁴. Del análisis que efectúa concluye en que el Principio de Aprobación no se funda en el amor a sí mismo, ni en la razón, sino en el sentimiento y emoción, indicando que no hay necesidad de explicar dicho Principio, ni de suponer la existencia de un nuevo poder de percepción, por cuanto “la naturaleza obra en esto, como en todos los demás casos, con la más rigurosa economía, y que produce multitud de efectos de una sola y misma causa” y que la simpatía “es suficiente para explicar todos los efectos atribuidos a aquella facultad especial”, siendo por lo tanto “una facultad de especie particular con la que la naturaleza dotó a la mente humana”¹⁴⁵.

Por lo tanto, en Smith la simpatía se constituye en el eje explicativo de la aprobación. Aprobamos lo que afecta agradablemente nuestros sentidos, otorgamos nuestro consentimiento a los argumentos que nos convencen y no lo hacemos con los que disentimos¹⁴⁶, atendemos lo que genera nuestro interés¹⁴⁷; *interés* a partir del cual se establecen relaciones económicas y contractuales, tal como seguidamente expondremos.

I.1.2. Interés, Intercambio y Mercado

Pero a la vez, la naturaleza ha dotado al hombre del deseo de bienestar y conservación de la sociedad, “de una inmediata e instintiva aprobación de la aplicación precisa que sea más adecuada para alcanzarlo”¹⁴⁸, deseo, simpatía y aprobación que constituyen el sustrato del interés. Para la consecución de tal fin,

¹⁴² Smith, Adam. *Teoría de los sentimientos morales*. Cit. Pág. 115.

¹⁴³ Smith, Adam. *Teoría de los sentimientos morales*. Cit. Pág. 104.

¹⁴⁴ Smith, Adam. *Teoría de los sentimientos morales*. Cit. Pág. 116.

¹⁴⁵ Smith, Adam. *Teoría de los sentimientos morales*. Cit. Pág. 126.

¹⁴⁶ Smith, Adam. *Teoría de los sentimientos morales*. Cit. Pág. 42.

¹⁴⁷ Ver: Smith, Adam. *Teoría de los sentimientos morales*. Cit. Págs. 29 y 30.

¹⁴⁸ Smith, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Cit. Pág. 77

el hombre se encuentra dotado de instintos primarios e inmediatos, los mismos que le permiten establecer el medio adecuado para el logro del fin¹⁴⁹.

En este contexto, se asume que el hombre tiene una propensión natural a “permutar, cambiar y negociar una cosa por otra”¹⁵⁰, no sólo porque es la base de su sobrevivencia, sino porque es un “principio innato en la naturaleza humana”¹⁵¹, por lo que al ser el fin la sobrevivencia, el cambio es el medio para alcanzar y mantener la existencia de la especie; siendo esta facultad de cambiar la que genera la división de trabajo. Asimismo, Smith indica que la amplitud del intercambio se encuentra directamente relacionada con la extensión del mercado¹⁵².

Así, en este proceso de intercambio el hombre busca interesar a su favor “el egoísmo de los otros”, “haciéndoles ver que es ventajoso para ellos hacer los que les pide. Quien propone a otro un trato le está haciendo una de esas proposiciones... la mayor parte de sus necesidades eventuales se remedian de la misma manera que las de otras personas, por trato, cambio o compra”¹⁵³; pero en la realización del intercambio, que parte de un interés particular para resolver un problema y obtener un beneficio particular, se atiende el interés general¹⁵⁴. Actividad en la que el actor es el individuo que participa en el Mercado, pudiendo ser persona natural o persona jurídica, no correspondiendo al legislador o gobernante interferir en el intercambio.

Sobre la base de la existencia de las percepciones primarias; las reglas generales generadas en la experiencia existencial diaria; la simpatía; la aprobación y el interés; y el intercambio como medio para realizar el interés particular y social sin intervención del gobernante o del legislador, sino bajo la guía de la mano invisible, se establecen las condiciones para la realización de los contratos.

¹⁴⁹ Smith, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Cit. Pág. 77

¹⁵⁰ Smith, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Cit. Pág.16

¹⁵¹ Smith, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Cit. Pág.16

¹⁵² Smith, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Cit. Pág. 20.

¹⁵³ “Ninguno se propone, por lo general promover el interés público ni sabe hasta qué punto lo promueve ... únicamente considera su seguridad, y cuando dirige la primera de tal forma que su producto represente el mayor valor posible, sólo piensa en su ganancia propia; pero en este, como en muchos otros casos, es conducido por una *mano invisible* a promover un fin que no entraba en sus intenciones ... al perseguir su propio interés, promueve el de la sociedad de una manera más efectiva que si esto entrara en sus designios”. Smith, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Cit. Pág.17.

¹⁵⁴ Smith, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Cit. Pág.402.

I.2. El Paradigma Racional Constructivista

Tal como hemos expuesto, el Racionalismo Evolucionista parte de la crítica a lo que denominan Constructivismo, que en esencia consiste en tener una visión previsor de la sociedad y su evolución sobre la base de la razón. La sociedad tiene leyes, el orden se hace y futuro se prevé. Frente a la previsibilidad se coloca al Orden Espontáneo, a la Gran Sociedad y al juego de fuerzas, posición que en esencia podría configurarse como la crítica a la Racionalidad Moderna.

Tal como hemos expuesto en la parte introductoria del presente Capítulo, en la línea del pensamiento constructivista hemos seleccionado, independientemente de sus posiciones ideológicas, a Auguste Comte, Guillermo Federico Hegel y Carlos Marx.

I.2.1. El Positivismo Sociológico. Saint Simon y Auguste Comte¹⁵⁵

¹⁵⁵ Saint - Simon y Auguste Comte articulan su vida al pensamiento social francés, al Pensamiento Social Positivo y al surgimiento de la Sociología. **Auguste Comte** (1798 - 1857) nació en Montpellier, Francia. La preocupación por lo social se incentiva por su apreciación de los efectos destructores de la Revolución Francesa, el desorden que generó y la destrucción de grupos sociales, por lo que el mejoramiento de la sociedad se convirtió en su principal preocupación. La relación entre Comte y Saint-Simon se produjo cuando el primero es nombrado Secretario del segundo, los mismos que tenían comunes intereses académicos, ya que en 1813 Saint - Simon planteaba que "La moral y la política se convertirán en ciencias "positivas". Se consumará la tendencia de muchas leyes particulares a ciencias individuales hacia una sola ley que lo abarcará todo. La ciencia será el nuevo poder espiritual" (Timashef, Nicholas S. **La Teoría Sociológica**. Fondo de Cultura Económica. México. Décimo Cuarta reimpresión, 1989. 397. Pág. 33).

La relación entre ambos duró entre 1817 a 1823 y juntos publicaron la obra **"Plan de las operaciones científicas necesarias para la reorganización de la sociedad"**, en la que planteaban que "la política debe convertirse en física social, rama de la fisiología; que cada rama de conocimientos pasará por tres etapas, la teológica, la metafísica y la positiva; y que *la finalidad de la física social era descubrir las leyes inmutables del progreso*, que son tan inevitables como la ley de la gravedad. Así, el programa de una ciencia nueva (que más tarde llamaría sociología) quedaba claramente trazado " (Timashef, N. **La Teoría Sociológica**. Ob. Cit. Pág. 34).

Luego de la publicación de la obra citada se disolvió la sociedad entre Saint-Simon y Comte. Posteriormente Comte dictó una serie de conferencias privadas sobre filosofía positiva, cuyas notas fueron publicadas entre 1830 y 1842 constituyendo la obra "Curso de filosofía positiva" y, posteriormente, entre 1851 y 1854, publica "Sistema de política positiva".

El Positivismo comienza como una crítica al utilitarismo¹⁵⁶ de origen anglosajón, el mismo que debido al asenso de la burguesía había devenido en hegemónico en los sectores sociales medios franceses. En éste contexto se planteaba la interrogante de ¿qué es lo útil?, destacando, en la respuesta, la utilidad de la ciencia, el conocimiento y la tecnología, replanteando con ello el concepto de lo útil. Luego se interroga, en el marco de mejorar las condiciones de bienestar colectivo, respecto de las cosas útiles, siendo su insistencia en la utilidad de la ciencia y la tecnología, combinada con su noción relativista de lo útil “- la cual admitía que ordenamientos útiles antaño pudieran dejar de serlo”¹⁵⁷.

Esta idea de la nueva perspectiva de lo útil se articuló a la, también presente, idea de progreso que se había asentado en la mentalidad colectiva de la época en la que se sentía orgullo de los progresos de las matemáticas, las ciencias naturales y los métodos. En relación con los asuntos humanos, se asumía “la existencia de leyes sociales análogas a las establecidas en las ciencias naturales. Entre esas leyes se daba lugar prominente a la ley del progreso o del inevitable desarrollo de las sociedades humanas hacia etapas más elevadas y mejores”¹⁵⁸.

En este contexto consideraba que el mejoramiento de la sociedad requería la existencia de una **gran teoría social** y cuyo desarrollo dependía de otras

¹⁵⁶ "Doctrina o pensamiento filosófico que sitúa en la utilidad la base de la Moral. Actitud práctica que, desligándose de las ideas de solidaridad humana y aun familiar, y de los ideales de toda índole erige cual norma de vida la utilidad material.

1. Según Stuart Mill. Este escritor inglés, uno de los caudillos de la tendencia; el utilitarismo es la "Doctrina que toma como fundamento de la Moral la utilidad o el principio de la dicha mayor, y sostiene que las acciones son buenas en la medida que tienden a aumentar la dicha; y malas, en cuanto tienden a producir el efecto contrario. Por dicha se entiende el placer y la ausencia del dolor; y por desdicha, el dolor y la ausencia de placer".

2. Aspectos. Esta tendencia, calificada de moral del interés y del placer calculado, de filosofía del usurero y del ideal sensual, ofrece tres matices muy notables: el egoísta, que tiende sin rebozo a la utilidad de o individuo, en el sentido de que al perseguir cada uno su propia felicidad contribuye a la general; el altruista, que se inclina por el bien social; y el combinado, que exige del agente, situado entre el bien propio y el del prójimo, la imparcialidad de un espectador desinteresado.

3. Crítica. Serra Moret hace una exposición crítica atinada. Luego de establecer que se trata de una doctrina ética en que lo útil es lo bueno, señala que en sus excesos llega al extremo de considerar recta, sin preocuparse de los medios empleados, la conducta moral dirigida a la obtención de la utilidad particular.

4. En lo económico. En este enfoque (con repercusión inmediata en la Política, a través del liberalismo ilimitado, y del individualismo), el utilitarismo, con Adam Smith, se concreta en el libre cambio, en la libertad de comercio, en gobiernos activos y que gasten poco, en la abolición de los gremios y las corporaciones de oficios, en la competencia universal...." (Tomado de: Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VIII. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1989. 476 Págs. Pág. 292.

5. Lo jurídico: Otro autor representativo de esta corriente ideológica es Jeremías Bentham, para quien "el derecho es básicamente un conjunto de mandatos emanados del legislador investido para tal función por el poder soberano del Estado. (...) cree en el poder de las leyes como instrumento para conservar o transformar el orden social existente."; plantea el rechazo "de los conceptos de ley natural, contrato social, recta razón, y su pretensión de que sean reemplazados por un "principio verificable experimentalmente": la utilidad, a partir de la cual la legislación debe tener por fin procurar la máxima felicidad al mayor número posible de personas.

Su criterio general es el "principio de interés", según el cual todo individuo al pretender una utilidad tiende a alcanzar el placer y eludir el dolor. Esta idea de utilidad se traslada al plano social y funda la concepción jurídica (...). El "fin del derecho" resulta en Bentham un objetivo social práctico y no una posición abstracta." (Ver: Fucito, Felipe. *Sociología del Derecho*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1993. 577 Págs. . Pág. 118)

¹⁵⁷Gouldner, Alvin. *La Crisis de la Sociología Occidental*. Amorrortu Editores. Buenos Aires, 1970. 467 Págs. Pág. 89.

¹⁵⁸ Timashef, Nicholas S. *La Teoría Sociológica*. Cit. Pág. 31.

ciencias, ciencia a la que denominó Filosofía Positiva, denominada después Sociología.

Para Comte, la Sociología era "la ciencia teórica abstracta de los fenómenos sociales", la misma que era consecuencia de la apreciación optimista que tenía respecto de las ciencias. La Física Social era la ciencia que tenía por objeto "el estudio de los fenómenos sociales considerados con el mismo espíritu que los astronómicos, los físicos, los químicos o los fisiológicos, es decir, sujetos a leyes naturales invariables, cuyo descubrimiento es el objeto especial de investigación"¹⁵⁹.

Finalmente, las contradicciones del Positivismo, planteadas en la coexistencia conflictual en lo positivo, que implicaba "que los hombres debían trazar sus mapas sociales basándose en las certidumbres de la ciencia" y, que estos a su vez no sólo asumieran la crítica, sino que apoyaran a alguna concepción científica de cómo debía ser el mundo, condujo al surgimiento del marxismo y de la reflexión académica del quehacer social.

I.2.2. De Hegel a Marx

La comprensión del pensamiento marxista nos obliga, como paso previo, a presentar la propuesta hegeliana por cuanto entre una y otra existe un nexo causal. Carlos Marx además de haber sido discípulo de Hegel, fue, en su momento inicial, un activo joven hegeliano. Por ello, en las líneas que siguen esbozaremos brevemente el pensamiento de Guillermo Federico Hegel para luego pasar al de Carlos Marx.

i. La propuesta de Guillermo Federico Hegel

En crítica al Derecho Natural Racional, Hegel se propuso la reconstrucción total del pensamiento moderno mediante el desarrollo de una nueva lógica que sirviera de sustento a su método intelectual¹⁶⁰, la misma que tenía dos elementos centrales: la Dialéctica y el Estado Nacional, constituido por la Nación y el Estado. La Dialéctica hegeliana tiene tres elementos: tesis, antítesis y síntesis, consistiendo en el descubrimiento de una ley o dirección general de desarrollo que supone la búsqueda de las etapas necesarias para el desarrollo moral y

¹⁵⁹ Citado por Timasheff, N. *La Teoría Sociológica*. Cit. Pág. 36.

¹⁶⁰ Ver: Sabine, G.H. *Historia de la Teoría Política* Cit. Pág. 456.

social. Mediante la Dialéctica, la razón humana se aproximaba al absoluto. Implicaba un orden de desarrollo en el que la razón absoluta se desplegaba en ideas e instituciones de la civilización, constituyéndose en el método histórico, el cual “significaba una filosofía de la historia o el descubrimiento de una ley o dirección general del desarrollo cultural, mediante la cual se esperaba poder trazar una línea científicamente defendible entre pueblos adelantados y atrasados, civilizaciones desarrolladas y primitivas, naciones progresistas y retrasadas”¹⁶¹. Este método implicaba la existencia de un solo patrón o ley desarrollo, el mismo que podía ser revelado mediante una exposición apropiada del mismo, por lo que sería posible “presentar una evolución ordenada del derecho, de las instituciones económicas, del pensamiento filosófico o científico, o del gobierno”¹⁶². Con esta propuesta Hegel tenía como objetivo demostrar las etapas necesarias mediante las cuales la razón humana se aproxima al absoluto y, por un proceso inverso, se proponía demostrar el orden de desarrollo en que la Razón Absoluta se desplegaba en las ideas y las instituciones de la civilización¹⁶³.

La Nación es en Hegel el eje explicativo de la historia. En la interpretación de la historia la Nación es más que el individuo o cualquier otro grupo de individuos, “lo que constituía la unidad significativa y el propósito de su filosofía de la historia era exhibir, mediante la dialéctica, las realizaciones de cada nación como un elemento de una civilización mundial en vías de progreso. El genio o el espíritu de la nación (*Volkgeist*), que actúa a través de los individuos pero independientemente en gran medida de su voluntad e intención conscientes, era considerado por él como el verdadero creador del arte, el derecho, la moral y la religión. De ahí que la historia de la civilización sea una sucesión de culturas nacionales en la que cada nación aporta su contribución peculiar y oportuna a la totalidad del esfuerzo humano. Es en el estado nacional y sólo en la historia moderna de Europa occidental donde este impulso innato de la nación para crear alcanza su expresión autoconsciente y racional.”¹⁶⁴.

¹⁶¹ Sabine, G.H. *Historia de la Teoría Política* Cit. Pág. 458.

¹⁶² Sabine, G.H. *Historia de la Teoría Política* Cit. Pág.459.

¹⁶³ Sabine, G.H. *Historia de la Teoría Política* Cit. Pág. 459.

¹⁶⁴ Sabine, G.H. *Historia de la Teoría Política* Cit. Pág. 457.

Concibió al Estado como rector y fin del desarrollo nacional, que abarcaba todo lo que la Nación producía. El Estado constituía la máxima expresión de la evolución política y estaba conformado, según Hegel, por un grupo que defendía colectivamente su propiedad, sustentándose, para ello, en la institución civil y militar, "poder de facto, la expresión de la unidad nacional y la aspiración nacional por el autogobierno... es el poder para que la voluntad nacional sea efectiva"¹⁶⁵; conceptualización que implicaba el reconocimiento de clases y privilegios, el asumirlo como superior a la Sociedad Civil, no constituyendo un medio, sino un fin. El Estado no está compuesto por ciudadanos individuales, sino que estos debían pasar por la "mediación" de las asociaciones antes de alcanzar la dignidad de ciudadanos en el Estado.

ii. Carlos Marx

En la Introducción General a la Crítica de la Economía Política¹⁶⁶, Marx plantea que el Modo de Producción determina el proceso de vida material de una sociedad y del individuo, el mismo que había ido variando en función de las transformaciones que habían afectado a la humanidad a lo largo de su historia; formas de producción que a pesar de la distancia tenían algunos rasgos comunes¹⁶⁷. Este factor común estaba constituido por las determinaciones comunes a todas las épocas¹⁶⁸, siendo las que pertenecen a la economía la Producción, la Distribución, el Cambio, y el Consumo, a los que se deben agregar los instrumentos de producción, la apropiación y la protección de lo adquirido.

Marx parte en su análisis de la materialidad de las condiciones de producción. La forma como los hombres producen sus medios de vida está en función o relación directa con los medios de vida con los que se encuentran al nacer y que tratan de reproducir. La perspectiva expuesta constituye el fundamento del análisis que ulteriormente realizará respecto a la trascendencia del modo de producción, indicando que éste "no debe considerarse solamente en cuanto un determinado

¹⁶⁵ Sabine, G.H. *Historia de la Teoría Política*. Cit. Pág. 464.

¹⁶⁶ Ver: Marx, Carlos. *Introducción General a la Crítica de la Economía Política - 1857*. Colección Fondo de Cultura Popular 18. EPASA. Lima - Perú. 64 Págs. (Sin fecha, ni número de edición.)

¹⁶⁷ Ver *Prólogo a la Introducción General a la Crítica de la Economía Política - 1857*. Ob. Cit.

¹⁶⁸ Marx, C. *Introducción General a la Crítica de la Economía Política - 1857*. Ob. Cit. Pág. 8.

modo de la actividad de estos individuos, un determinado modo de manifestar su vida, un determinado modo de vida de los mismos. Tal y como los individuos manifiestan su vida, así son. Lo que son coincide, por consiguiente, con su producción, tanto con lo que producen como con el modo cómo producen. Lo que los individuos son dependen, por tanto, de las condiciones materiales de su producción”¹⁶⁹.

En este escenario de producción material, los hombres, en una determinada etapa de su evolución social (en la sociedad capitalista) crean la denominada Sociedad Civil, la misma que abarca todo el intercambio material de los individuos en cierta fase de desarrollo de las fuerzas productivas; pero también crean el Estado. Según Marx, “el Estado no es de ningún modo un poder exteriormente impuesto a la sociedad; tampoco es la realización de la idea moral, “ni la imagen y la realización de la razón””, sino que es “un producto de la sociedad cuando llega a un grado de desarrollo determinado; es la confesión de que esa sociedad se pone en una irremediable contradicción consigo misma, y está dividida por antagonismos irreconciliables, que es impotente para conjugar. Pero a fin de que las clases antagonistas, de opuestos intereses económicos, no se consuman a sí mismas y a la sociedad en luchas estériles, hácese necesario un poder que domine ostensiblemente a la sociedad y se encargue de dirimir el conflicto o mantenerlo dentro de los límites del “orden”. Y ese poder, nacido de la sociedad, pero que se pone por encima de ella, y se le hace cada vez más extraño es el Estado”¹⁷⁰. En el Estado se condensa la Sociedad Civil de la época y es la forma bajo la cual la clase dominante hace valer sus intereses.

ii.1. La creación de ideas

En el proceso de desenvolvimiento de sus vidas, indica Marx, los hombres se forman ideas falsas acerca de si mismos “acerca de lo que son o deberían ser, ajustan “sus relaciones a sus ideas acerca de dios, del hombre normal, etc. Los frutos de su cabeza han acabado por imponerse a su cabeza. Ellos, los creadores, se han rendido ante sus criaturas”¹⁷¹. Pero indica que en realidad la producción de

¹⁶⁹ Marx, Carlos; Engels, Federico. *La Ideología Alemana*. Coedición: Ediciones Pueblos Unidos. Montevideo – Ediciones Grijalbo. Barcelona. Barcelona, 1974. 746 Págs. Pág. 19.

¹⁷⁰ Engels, Federico. *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*. Cit. Pág. 197.

¹⁷¹ Marx, C.; Engels, F. *La Ideología Alemana*. Cit. Pág. 11.

las ideas, así como las representaciones de la conciencia se encuentran vinculadas a la producción material, a la actividad material “el comercio material de los hombres, como el lenguaje de la vida real. Las representaciones, los pensamientos, el comercio espiritual de los hombres se presentan todavía, aquí, como emanación directa de su comportamiento material (...) Los hombres son los productores de sus representaciones, de sus ideas, etc., pero los hombres reales y actuantes, tal y como se hallan condicionados por un determinado desarrollo de sus fuerzas productivas y por el intercambio que a él corresponde, hasta llegar a sus formaciones más amplias”¹⁷².

Con estas premisas, Marx aborda el tratamiento del Derecho, el mismo que nace de las relaciones materiales entre los hombres y sus conflictos, y no del conflicto del hombre con sus representaciones. Las relaciones de producción se exteriorizan en el ámbito de las relaciones políticas y jurídicas. En cuanto a la crítica, la plantea en dos niveles: primero, que el Derecho deviene en el culto a los conceptos; y, segundo, de que éste se presenta como voluntad general.

¹⁷² Marx, C.; Engels, F. *La Ideología Alemana*. Cit. Pág. 25.

CAPÍTULO IV
LOS PARADIGMAS DE LA TERCERA
FASE DE LA MODERNIDAD. LOS SIGLOS
XIX-XX

***LA PROYECCIÓN DEL PARADIGMA
RACIONAL EVOLUCIONISTA Y DEL
PARADIGMA CONSTRUCTIVISTA***

I. EL RACIONALISMO EVOLUCIONISTA Y LA CRÍTICA AL RACIONALISMO CONSTRUCTIVISTA. LA PROPUESTA DEL RACIONALISMO EVOLUCIONISTA: INTERÉS Y EXPECTATIVAS

La perspectiva teórica de Adam Smith va a ser desarrollada, entre otros, por Friederich Hayek y Milton Friedman. Hayek aborda el análisis de las expectativas vinculándolas al Mercado en el contexto de su crítica al Constructivismo o Racionalismo Constructivista y de su propuesta de Racionalismo Evolucionista. Al igual que Adam Smith, parte de la crítica de las propuestas de los que considera representantes de ésta corriente filosófica, como son Descartes y Hobbes.

I.1. La crítica al constructivismo cartesiano

En el Discurso del Método¹⁷³, René Descartes formula la siguiente primera regla del método “... *no recibir jamás como cierta ninguna cosa sin conocer evidentemente lo que era, o lo que es lo mismo, evitar cuidadosamente la precipitación y la prevención, y comprender únicamente en mis juicios lo que se presentase a mi espíritu tan clara y distintamente que no tuviera motivo alguno para ponerlo en duda*”¹⁷⁴; regla a partir de la cual se introduce en el análisis racional lo que se conoce como la “duda metódica” y la certeza de la razón; propuesta que se asemeja a la formulada en El Leviatán¹⁷⁵ por Thomas Hobbes, quien analiza el surgimiento de la organización social a partir de un requerimiento existencial y desde una perspectiva contractualista, la sociedad no era consecuencia de un hecho espontáneo, sino de un pacto. Propuesta cuya crítica por parte de Adam Smith ha sido glosada al inicio del punto precedente.

El Racionalismo Evolucionista de Hayek considera que la duda cartesiana condujo al rechazo de “todo aquello que no pudiese ser lógicamente derivado de premisas “claras y especificables””, por lo que la razón devino en “la deducción lógica derivada de premisas explícitas”. Los actos racionales son “únicamente los determinados por un conocimiento verdadero y evidenciable”. Así, se indicaba que en la concepción Constructivista el avance de la civilización era fruto de algún proceso racional, por lo que se entendía que sólo por vía de la razón podía el

¹⁷³ Escrito en 1637.

¹⁷⁴ Descartes, René. *Discurso del Método*. Cit. Pág. 38.

¹⁷⁵ Escrito en 1651.

hombre asumir “la edificación de una sociedad nueva”¹⁷⁶, de “proyectar intencionalmente las existentes instituciones sociales y culturales”¹⁷⁷; proceso por el cual se terminaba relegando a la tradición, la costumbre y la experiencia histórica¹⁷⁸.

Igualmente, Hayek consideraba que las instituciones sociales imprescindibles al logro de los objetivos del hombre eran consecuencia de hábitos o costumbres y no resultado de la inventiva, ni prevalecían en razón a sus fines. “Si vivimos dentro de unos esquemas sociales que permiten orientar acertadamente nuestro comportamiento y gozamos por tal vía de una razonable probabilidad de plasmar nuestras propias apetencias, ello deriva no sólo del hecho de que nuestros semejantes logren orientar su comportamiento hacia metas conocidas -haciendo al efecto uso de las relaciones existentes entre los medios y los fines-, sino también de que su comportamiento se halla ... ajustado a normas cuyo propósito y origen escapan ... a nuestra comprensión y cuya misma existencia incluso ... pasa inadvertida”¹⁷⁹.

En el marco de esta argumentación, el Racionalismo Evolucionista consideraba que el orden social más que producto de las “instituciones y prácticas sociales proyectadas a tal fin” era, en esencia, producto de “un progreso inicialmente denominado “desarrollo” y luego “evolución”, en virtud del cual ciertos comportamientos por otras razones asumidos -surgidos quizá de modo meramente accidental- prevalecieron porque aseguraron la primacía sobre los restantes grupos humanos de aquellos en cuyo seno inicialmente surgieron”¹⁸⁰. Se entendía que el hombre se adaptaba a la realidad y que era capaz de someterse a normas que no había elaborado, ni conocía al detalle¹⁸¹.

La mente, la inteligencia, surgían de la adaptación del ser humano al medio natural y social en el que vivía, la misma que se había desarrollado en constante interrelación con las instituciones que determinaban la estructura social¹⁸²; por ello, entendía el Racionalismo Evolucionista que la abstracción constituía la

¹⁷⁶ Ver: Hayek, Friedrich A. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Unión Editorial. .Madrid, 1985. 328 Págs. Págs. 32, 33 y 34.

¹⁷⁷ Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Ob. Cit. Pág. 45.

¹⁷⁸ Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Ob. Cit. Pág.33.

¹⁷⁹ Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Ob. Cit. Pág. 34.

¹⁸⁰ Hayek, F. *Derecho Legislación y Libertad*. T.I. Ob. Cit. Pág. 31.

¹⁸¹ Hayek, F. *Derecho Legislación y Libertad*. T.I. Ob. Cit. Pág. 36.

¹⁸² Hayek, F. *Derecho Legislación y Libertad*. T.I. Ob. Cit. Pág. 45.

herramienta indispensable para que la mente humana pudiera abordar la realidad¹⁸³. Comprendía que los problemas habían surgido cuando en el proceso evolutivo y en el contexto de su medio social, el hombre adquiría hábitos y prácticas que garantizaban la supervivencia del grupo al cual se hallaba integrado, pero que le conducían a adoptar la idea “de la existencia de una mente plenamente desarrollada dedicada proyectar las instituciones que nos facilitan la vida en común¹⁸⁴; visión que daría origen a la criticada concepción Constructivista.

1.2. El Orden Espontáneo, Derecho, Expectativas y Mercado

Partiendo de la distinción entre Orden Espontáneo (Cosmos) y Orden Creado (Taxis)¹⁸⁵ y siguiendo en el análisis y citando la referencia que hace Adam Smith¹⁸⁶ en la “Teoría de los sentimientos morales” respecto de la Gran Sociedad y el Orden Espontáneo, Hayek critica a quienes consideraban que todo orden debía ser “fruto del previo designio por parte de alguna mente”; que debía basarse en la relación mando-obediencia y en la existencia de una voluntad superior y autoridad suprema, que establecía las obligaciones de cada quien; que era creado por fuerzas exógenas¹⁸⁷. Para él, el Orden Espontáneo derivaba inicialmente “del general acatamiento de un conjunto de normas que nadie ha elaborado deliberadamente”¹⁸⁸, las mismas que en el transcurso del tiempo son mejoradas, pudiendo llegar a basarse en normas intencionalmente elaboradas.

Así, ante la propuesta Constructivista, consideraba que el Orden Espontáneo no tenía porque estar al alcance de los sentidos, por cuanto descansaba en

¹⁸³ Hayek, F. *Derecho Legislación y Libertad*. T.I. Ob. Cit. Pág. 67.

¹⁸⁴ Hayek, F. *Derecho Legislación y Libertad*. T.I. Ob. Cit. Pág. 46

¹⁸⁵ Ver: Hayek, F. *Derecho Legislación y Libertad*. T.I. Ob. Cit. Pág. 75

¹⁸⁶ A fin de tener claridad sobre el contenido de esta importante referencia, citaremos la efectuada en el Libro de Hayek, *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Ob. Cit. Pág. 75, y la que hemos extraído de la Edición completa hecha por Alianza Editorial de “*Teoría de los Sentimientos Morales*”. La Traducción que se hace en el texto de Hayek es la siguiente: “El hombre dado a la sistematización imagina poder ordenar los diferentes miembros de la Gran sociedad con la misma facilidad con que se disponen las piezas sobre el tablero de ajedrez. No advierte que los trabajos no tienen otro principio motor que aquel que la mano le transmite, mientras que, en el gran tablero de la sociedad humana, cada pieza posee su propio impulso, siempre diferente del que el legislador pueda desear imprimirle. Si ambos coinciden y actúan al unísono, el juego resultará fácil y armónico y también, probablemente, grato y fructífero. Si fueran opuestos o divergentes, el juego resultará penoso y la sociedades hallará en todo momento inmersa en el mayor desorden”.

“El hombre doctrinario, en cambio, se da infusas de muy sabio y está casi siempre tan fascinado con la supuesta belleza de su proyecto político ideal que no soporta la más mínima desviación de ninguna parte del mismo. Pretende aplicarlo por completo y en toda su extensión, sin atender ni a los poderosos intereses ni a los fuertes prejuicios que puedan oponérsele. Se imagina que puede organizar a los diferentes miembros de una Gran Sociedad con la misma desenvoltura con que dispone las piezas de un tablero de ajedrez. No percibe que las piezas de ajedrez carecen de ningún otro tipo motriz salvo el que les imprime la mano, y que en el vasto tablero de la sociedad humana cada pieza posee un principio motriz propio, totalmente independiente del que la legislación arbitrariamente elija imponerle. Si ambos principios coinciden y actúan en el mismo sentido, el juego de la sociedad humana proseguirá sosegada y armoniosamente y muy probablemente será feliz y próspero. Si son opuestos o distintos, el juego será lastimoso y la sociedad padecerá siempre el máximo grado de desorden”. Smith, Adam. *La teoría de los sentimientos morales*. Alianza Editorial. Madrid, 2004. Pág. 407.

¹⁸⁷ Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Cit. Pág. 77

¹⁸⁸ Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Cit. Pág. 92

relaciones abstractas que sólo mentalmente cabía establecer¹⁸⁹; que no podía perseguir un fin determinado, ni estar planificado, por cuanto era resultado del juego de fuerzas de carácter espontáneo¹⁹⁰, en el que los elementos de distinta especie establecían relaciones entre sí “de tal modo que el conocimiento de una parte espacial o temporal del conjunto permite formular, acerca del resto, expectativas adecuadas o que por lo menos, gozan de una elevada probabilidad de resultar ciertas”¹⁹¹. Definición con la que se establece la relación entre Orden y Expectativas.

Estas visiones de Orden, Constructivista y Evolucionista, se proyectan en el pensamiento jurídico, donde el término “razón” transita desde “la capacidad de la mente para distinguir entre el bien y el mal... entre lo que concordaba o no con la normas establecidas” a otra que la entendía como “la facultad que al hombre permite deducir el contenido de dichas normas a partir de premisas explícitamente establecidas”; proceso en el cual el concepto de “ley natural” termina siendo asimilado al de “ley racional”¹⁹².

La perspectiva jurídica Constructivista se exteriorizaba en el Derecho Natural Racional o Contractualista y en el Derecho Positivo, donde la sociedad es entendida como fruto de un pacto social o generada a partir de un orden jurídico preconcebido, siendo ambos en exteriorizaciones de la razón; mientras que la visión jurídica evolucionista se expresa en la relación entre norma, orden global y expectativas.

Para el evolucionismo, sólo determinadas normas son capaces de configurar un orden global, mientras que existen otras que hacen imposible el logro de tal fin. Asimismo y desde la individualidad, se entiende que lo que hace falta para que el comportamiento individual genere un orden es que no exista interferencia innecesaria entre los comportamientos correspondientes a cada una de las partes, que “en aquellos aspectos en los que el éxito de las iniciativas individuales

¹⁸⁹ “Más que dedicarse a elaborar normas, es lamente misma la que se encuentra integrada por un conjunto de reglas no razonadas que han llegado a regir el comportamiento individual por haberse comprobado que los actos que a ellas se ajustan proporcionan al correspondiente grupo humano un mayor éxito relativo” (Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Cit. Pág.47)

¹⁹⁰ Ver: Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Cit. Pág. 80,81

¹⁹¹ Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Cit. Pág. 76

¹⁹² Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Cit. Pág. 52.

dependa del comportamiento de terceros, exista por lo menos un alto grado de probabilidad de que tal conjunción llegue también a producirse”¹⁹³.

En este contexto, se entiende que el Derecho puede ser un mecanismo que interfiera con las iniciativas y coincidencias privadas o un facilitador de las mismas. Puede también tener la capacidad de coadyuvar a la generación de un orden o de constituirse en un bloqueo al mismo, por lo que éste termina articulado a las expectativas de los distintos actores que buscan interrelacionarse en el orden existente. Así, se asume que el Derecho no propicia fin alguno, de que sólo se limita “a proporcionar los medios que para su logro precisan una amplia variedad de fines que en conjunto nadie concretamente conoce”, no siendo, por lo tanto, medio, sino la “condición indispensable para la materialización... de los fines que los... hombres para sí propician”¹⁹⁴. El control premeditado del orden global de la sociedad se restringe al acatamiento de las normas generales¹⁹⁵; y, a la vez, este orden se basa en la materialización de las expectativas¹⁹⁶.

Si esta es la relación entre Orden, Derecho y Expectativas, la que se establece entre normas de comportamiento y Expectativas consiste en que estas (las normas) ponen de manifiesto “cuáles son las expectativas con las que los individuos pueden contar en relación con la programación de su propio comportamiento”¹⁹⁷, para el logro de sus particulares fines, “sin más restricción que la establecida por ciertas normas de comportamiento igualmente aplicables a toda la población”¹⁹⁸.

La existencia del orden social y el logro de nuestros propósitos exigen la coincidencia de nuestra expectativa con la realidad¹⁹⁹, siendo esta además, una característica del Orden de Mercado. El Orden de Mercado es un Orden Natural, consecuencia de un equilibrio endógeno²⁰⁰ que se caracteriza además, por la coincidencia entre expectativas y planes, por el sometimiento de los individuos a la disciplina del cálculo²⁰¹; por el respeto y cumplimiento de las normas para el logro

¹⁹³ Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Cit. Pág. 191

¹⁹⁴ Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Cit. Pág. 271

¹⁹⁵ Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Cit. Pág. 71

¹⁹⁶ Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Cit. Pág. 201

¹⁹⁷ Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Cit. Pág. 194

¹⁹⁸ Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Cit. Pág. 109

¹⁹⁹ Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Cit. Pág. 76

²⁰⁰ Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Cit. Pág. 77

²⁰¹ Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.III. Unión Editorial. Madrid, 1982. 360 Págs. Pág. 295

del bienestar de los miembros del grupo. En el escenario del Mercado, la certeza de las expectativas se logra mediante la aplicación de normas que adviertan que circunstancias no deberían ser alteradas por otros, y cuáles sí se pueden alterar²⁰².

I.3. El Intercambio. Las normas del Orden Espontáneo, las normas de Organización y las Expectativas

El intercambio voluntario es imposible que se realice a no ser que ambas partes consideren que el mismo les beneficiará²⁰³. Esta idea obvia y, compleja a la vez, también es posible concretizarla cuando una de las partes es el Estado, aunque debemos hacer la precisión que este punto no es tratado por los autores citados. En el intercambio de mercancías se desenvuelven los intereses de cada quien, el interés personal que trasciende al egoísmo y que engloba “todo cuanto interesa los participantes en la vida económica, todo lo que valoran, los objetivos que persiguen”²⁰⁴; perspectiva desde la cual interés e intercambio adquieren dimensiones mayores.

Por otro lado, según Hayek, los grupos humanos amplios requieren para su viabilidad que la colaboración descansa sobre el Orden Espontáneo y la Organización Deliberada. La Organización, que tiene límites definidos por la legalidad, es el medio a través del cual los individuos buscan el logro de fines concretos. A través de ella se mantiene el orden de la estructura social para alcanzarlos, pudiendo, a la vez, prestar servicios que el Orden Espontáneo es incapaz de brindar.

Por ello, existe la articulación entre Orden Espontáneo y Organización Deliberada, así como entre las normas que corresponden a cada uno de ellos. Las normas del Orden Espontáneo son independientes de cualquier fin concreto, son idénticas para toda clase social, aplicables a un número indeterminado de personas y casos, y propician la plasmación de un orden abstracto cuyo contenido nadie puede prever. Por su parte las normas de Organización se caracterizan, tal como hemos indicado, porque su contenido debe estar relacionado con la ejecución de

²⁰² Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Cit. Pág. 209

²⁰³ Ver: Friedman, Milton y Rose. *Libertad de elegir*. Ediciones Orbis. Barcelona, 1983. 436 Págs. Pág. 30

²⁰⁴ Ver: Friedman, Milton y Rose. *Libertad de elegir*. Ob. Cit. Pág. 47

determinadas tareas, supone la existencia de una estructura especificada autoritariamente en la que el individuo que ocupa un lugar debe obedecer según ésta; regulan el comportamiento de los funcionarios encargados de gestionar servicios gubernamentales; se interpretan en relación con los fines propiciados por la institución; están al servicio de los resultados de la organización²⁰⁵. En este orden de ideas se concluye en que la Organización puede tener funciones coercitivas²⁰⁶ mediante las cuales el gobierno impone las “normas de comportamiento” y las “normas generadoras de servicios”, por las que administra “los recursos que a su disposición hayan sido colocados”, siendo en esta última función donde “el gobierno es una organización más entre otras muchas, debido a lo cual comparte con las otras el hecho de formar parte del orden global espontáneo²⁰⁷”.

I.4. Las normas de organización deliberada. Derecho Público y contratos administrativos

Estos dos tipos de normas (de orden espontáneo y de organización deliberada) regulan las expectativas de los individuos, las cuales descansan en intereses. Pero en el caso de las normas de organización deliberada, cuando se trata de contratos administrativos, al confrontarse los actores en el mercado se oponen el interés particular de individuo y el interés general de la administración. Esta apreciación, aparentemente correcta y aceptada por la doctrina de los contratos administrativos que hemos citado al inicio de esta investigación, en esencia sería falsa. Desde la perspectiva evolucionista se cuestiona la afirmación de que sólo las normas de organización deliberada (de Derecho Público) son capaces de propiciar el interés general y que las de Derecho Privado se ocupan sólo de “los egoístas intereses individuales”. Para Hayek, las normas de organización deliberada o de Derecho Público obligan a los sujetos “a ponerse deliberadamente al servicio del interés público, mientras que el privado permite... al individuo propiciar libremente sus propias apetencias, limitándose a establecer oportunos límites a los correspondientes individuales comportamientos al objeto de que los

²⁰⁵ Ver: Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Cit. Pág.97, 99, 100

²⁰⁶ La función coercitiva se encarga de “facilitar las condiciones indispensables en la supervivencia de dicho orden global”.

²⁰⁷ Ver: Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Cit. Pág. 93, 94, 95 y 96

resultados finales propicien en todo momento el interés general”²⁰⁸, por lo que ambos propician el interés general. Lo que distingue este autor es que existe un interés público, distinto del privado, pero que éste sólo se refiere a la consecución de los fines de la organización gubernamental, a los fines de la organización burocrática; pero esto no es sinónimo de interés general.

II. EL RACIONAL CONSTRUCTIVISMO EN MAX WEBER Y JURGEN HABERMAS

Expuestas las líneas fundamentales del pensamiento racionalista en la tercera fase de la modernidad, seguidamente, y tal como hemos indicado, abordaremos el tema a partir de dos autores representativos de esta tradición paradigmática constructivista: Weber y Habermas, siendo este último tributario del renovado pensamiento marxista de la Escuela de Frankfurt.

II.1. Max Weber y el Discurso de la Racionalidad Moderna

Para la comprensión de la propuesta weberiana, en el presente trabajo comenzaremos por analizar, siguiendo la metodología expositiva de este autor, los conceptos más simples a efectos de ir configurando los complejos.

II.1.1. De la Acción a la Acción Social

El concepto sociológico básico en Weber es el de **acción** y, específicamente, el de **acción social**. La **acción** la define como “una conducta humana (bien consista en un hacer externo o interno, ya en un omitir o permitir) siempre que el sujeto o los sujetos de la acción *enlacen* a ella un *sentido* subjetivo”²⁰⁹; contexto en el que asume la **acción social** como la acción “donde el sentido mentado por su sujeto o sujetos está referido a la conducta de *otros*, orientándose por esta en su desarrollo”²¹⁰, pudiendo ser las acciones de los otros pasadas, presentes o futuras y, donde los otros “pueden ser individualizados y conocidos o una pluralidad de individuos indeterminados y completamente desconocidos”²¹¹.

Siguiendo con la articulación acción objetiva - subjetiva, afirma que la acción social puede presentarse de cuatro formas distintas, vinculándose a cada una de ellas diferentes tipos de organización social y de poder, lo que se reflejará, al final, en la

²⁰⁸ Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. T.I. Cit. Pág. 256

²⁰⁹ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág.5.

²¹⁰ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 5.

²¹¹ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág.18.

clase de Derecho hegemónico en las sociedades en que ellas se desenvuelven. Así tenemos la **acción racional con arreglo a fines**, determinada por el comportamiento de otros hombres utilizando **las expectativas** como medio para el logro de los fines racionalmente perseguidos; la **acción racional con arreglo a valores**, donde se asume la creencia en el **valor absoluto** de una determinada conducta, sin importar el resultado; la **acción afectiva**, determinada por afectos y estados sentimentales actuales, por **los sentimientos**; la acción **Tradicional**, que se sustenta en las costumbres arraigadas, **las tradiciones**. En términos weberianos los ejes orientadores de estos tipos de acción social, (expectativas, valores, sentimientos y tradiciones) se enmarcan en alguna de las formas de dominación que él desarrolla.

II.1.2. De la Acción Social a la Relación Social

Precisada la acción social, el otro concepto importante es la **relación social**, la que es definida como una conducta plural recíprocamente referida, consistiendo “plena y exclusivamente, en la *probabilidad* de que actuará socialmente en una forma (con sentido) indicable” consistiendo por ello en la *probabilidad* “de que una forma determinada de conducta social, de carácter recíproco por su sentido, haya existido, exista o pueda existir”²¹². Según Weber, esta relación social puede tener carácter transitorio o ser permanente, implicando lo último la repetición en el tiempo. En cuanto al “*contenido de sentido*” de la misma, indica que puede variar o adquirir, por factores diversos, un “nuevo sentido”. La Sociología weberiana se interesa por la de tipo permanente, la que es repetida por los mismos agentes o extendida a muchos “cuyo sentido *mentado* es típicamente homogéneo”.

En cuanto a los tipos, puede ser “**abierta**” o “**cerrada**”. Se denomina “**abierta**” al exterior “cuando y en la medida en que la participación en la acción social recíproca que, según su sentido, la constituye, no se encuentra negada por los ordenamientos que rigen esa relación a nadie que lo pretenda y esté en situación real de poder tomar parte de ella”; y, se llamará “**cerrada**” al exterior “cuando y en la medida en que aquella participación resulte excluida, limitada o sometida a condiciones por el sentido de la acción o por los ordenamientos que la rigen”²¹³;

²¹² Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Págs. 21, 22.

²¹³ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 35.

pudiendo estas formas, “abiertas” o “cerradas”, estar condicionadas por aspectos tradicionales, afectivos, por valores o de fines.

II.1.3. La Ruta del Derecho. Costumbre y Situación de Intereses

Luego de definir las relaciones sociales, Max Weber distingue entre **costumbre** y **situación de intereses**, conceptos que le permitirán ir configurando el concepto de Derecho.

Para él, **la costumbre** “aparece como una norma *no* garantizada exteriormente y a la que de hecho se atiene el actor “voluntariamente”, ya sea “sin reflexión alguna” o por “comodidad”, ya por otros fundamentos cualesquiera, y cuyo probable cumplimiento en virtud de tales motivos puede esperar de otros hombres pertenecientes al mismo círculo. La costumbre, en ese sentido, carece de “validez”; porque nadie está exigido que se la tenga en cuenta”²¹⁴, su estabilidad, “se apoya esencialmente en el hecho de que quien no orienta por ella su conducta obra “impropiamente”; es decir, “debe aceptar de antemano incomodidades e inconveniencias, mayores o menores, durante todo el tiempo en el cual la mayoría de los que le rodean cuentan con la subsistencia de la costumbre y dirijan por ella su conducta”²¹⁵; por ello la define como “una conducta típicamente regular que, gracias *únicamente* a su “carácter usual” y a la “imitación” irreflexiva, se mantiene en las vías tradicionales; por tanto es una “acción de masa” cuya prosecución nadie exige del individuo en ningún sentido”²¹⁶.

La **situación de intereses** lleva implícita un efecto social por cuanto “descansa... en el hecho de que quien no orienta su conducta por los intereses ajenos – “no cuenta” con ellos – provoca su resistencia o acarrea consecuencias no queridas ni previstas por él; y, en consecuencia, corre el peligro de perjudicar sus propios intereses”²¹⁷.

²¹⁴ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 24.

²¹⁵ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 25.

²¹⁶ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 258

²¹⁷ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 25.

II.1.4. La Ruta del Derecho. Relaciones Sociales, Orden: Validez y Legitimidad

La relación social también se puede orientar por el lado de sus partícipes, vinculando esta relación a la posibilidad de representación de un orden legítimo. Según Weber este contenido de sentido de la relación social puede denominarse “orden” si la acción se orienta por máximas que pueden ser señaladas, adquiriendo este “orden”, “validez” cuando la orientación aparece como válida u obligatoria para la acción, deviniendo en modelos de conducta.

La “validez” no sólo se plantea desde el lado del cumplimiento de la orientación, sino también, desde el de su transgresión, poniendo como ejemplo el desenvolvimiento de las conductas en el ámbito penal: “El ladrón orienta su acción por la validez de la ley penal por cuanto la oculta. Que el orden es “válido” para un círculo de hombres se manifiesta en el hecho de *tener* que ocultar su transgresión”²¹⁸. Según Weber, lo que decide la “validez” de un Orden es la “orientación” de la acción por ese Orden, pero no su “resultado”²¹⁹.

En cuanto a la **Legitimidad** del Orden, indica que todo Orden requiere estar legitimado y, a su vez, esta legitimación debe estar garantizada. La referida legitimidad del Orden puede estar garantizada de acuerdo a los siguientes factores: De manera puramente íntima, pudiendo ser: Puramente afectiva; Racional con arreglo a valores; o, Religiosa. También puede estar garantizado por la expectativa de determinadas consecuencias externas (situación de intereses).

II.1.5. Denominación del Orden: Convención y Derecho. La validez del Orden y la Situación de Intereses, las probabilidades calculables

El Orden puede denominarse **Convención y Derecho**. Se denomina **Convención** “cuando su validez está garantizada externamente por la probabilidad de que, dentro de un determinado círculo de hombres, una conducta discordante habrá de tropezar con una (relativa) *reprobación* general y prácticamente sensible”; con lo que lo fundamental es la reprobación y la ausencia de un grupo de personas destinadas a velar por su cumplimiento. La Convención surge “cuando no se trata de influir en una conducta determinada por medio de ninguna coacción física o

²¹⁸ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 26.

²¹⁹ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 252

psíquica, ni, en general, por lo menos normal e inmediatamente, por ninguna otra reacción que no sea la mera aprobación o desaprobación de un círculo humano que forma un “mundo circundante” específico del actor”²²⁰.

Pero Weber asume que el Orden también puede denominarse **Derecho**, lo que sucede “cuando está garantizado externamente por la probabilidad de la *coacción* (física o psíquica) ejercida por un *cuadro de individuos* instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión”²²¹. En el Derecho lo decisivo es la vigencia de un cuadro coactivo.

En este contexto plantea la articulación entre los intereses de los individuos y el Derecho Positivo, indicando que estos intereses son afectados de diversos modos por la validez de la norma jurídica, afectación que se puede exteriorizar para personas particulares en las “**probabilidades calculables** de mantener a su disposición bienes económicos o adquirir en un futuro, con determinadas condiciones previas, la disposición sobre ellos. Dar origen a semejantes probabilidades o asegurarlas, es la finalidad que, en el caso del derecho estatuido, persiguen los que, por “pacto” o por “otorgamiento”, vinculan a esas probabilidades una norma jurídica”²²².

La forma de establecer concreción de las probabilidades calculables puede ofrecer cualquiera de los siguientes dos caracteres: Ser “mero “efecto reflejo” de la validez empírica de la norma, lo que sucede cuando, según su sentido consensual válido, no se dirige a *garantizar al individuo* las probabilidades que de hecho puedan caberle en suerte; o, por el contrario, ese sentido de la norma otorga al individuo una tal garantía: un derecho “subjetivo””.

i. La Relación Jurídica

Previamente a la definición, consideramos pertinente reiterar que para Weber la Relación Social es considerada como una conducta plural recíprocamente referida; existiendo relación jurídica cuando las relaciones que establecen las personas se encuentran contenidas de derechos subjetivos. Así, por ejemplo, en el caso de la deuda, la perspectiva sociológica consistirá en el marco de la

²²⁰ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 258.

²²¹ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 27.

²²² Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 254

relación deudor – acreedor, que “quien se ha ligado por algún acto, sea una promesa de deuda, sea una obligación de indemnizar o lo que fuere, corresponderá a la expectativa del otro, fundada en el curso normal de las cosas, de que en el momento determinado, pondrá a su efectiva disposición el bien en cuestión”²²³. Otro ejemplo es el intercambio, el mismo que está predominantemente garantizado por la coacción jurídica. “De un modo normal se intenta adquirir, mediante el intercambio “derechos” subjetivos, por tanto, expresado en lenguaje sociológico, la probabilidad del apoyo del aparato jurídico estatal para los poderes de disposición. Los “bienes económicos” son hoy, normalmente, al mismo tiempo, *derechos subjetivos adquiridos legítimamente* y el “orden económico” construye su cosmos con este material”²²⁴.

Finalmente tenemos el ***propio interés como factor para el cumplimiento de las obligaciones***. Además del derecho, la convención y la costumbre, existe “el *propio interés* del otro en la continuación de un determinado actuar consensual”²²⁵.

II.1.6. Poder, Dominación y Estado

Siguiendo con el análisis de la propuesta weberiana, corresponde tratar, para la mejor comprensión del desenvolvimiento del Derecho y esencialmente, para los fines de esta Tesis, el problema del Poder, la Dominación y el Estado.

Weber define al **Poder** como “la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera sea el fundamento de esa probabilidad”; entiende la **Dominación**, como “la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas”²²⁶; y define al **Estado** como “un *instituto político* de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al *monopolio legítimo* de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente (...) orden jurídico y administrativo ... por el que se orienta la actividad (...) del cuadro administrativo (...) y el cual pretende validez no sólo frente a los miembros

²²³ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 265

²²⁴ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 266

²²⁵ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 267

²²⁶ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 43.

de la asociación (...) sino también respecto de toda acción ejecutada en el territorio a que se extiende la dominación”²²⁷.

Toda **dominación** requiere, para ser efectiva, de un cuadro administrativo, lo que permite configurar la probabilidad, “en la que se puede confiar, de que se dará una *actividad, dirigida* a la ejecución de sus ordenaciones generales y mandatos concretos, por parte de un grupo de hombres cuya obediencia se espera”²²⁸ y, la que a la vez, requiere de legitimidad.

De la clase de legitimidad que se pretenda depende el tipo de obediencia y el cuadro administrativo destinado a garantizarla, así como el carácter que adquiere el ejercicio de la dominación y sus efectos. En el marco de la dominación y legitimidad, **la obediencia** “significa que la acción del que obedece transcurre si el contenido del mandato se hubiera convertido, por sí mismo, en máxima de su conducta; y eso *únicamente* en mérito de la relación formal de obediencia, sin tener en cuenta la propia opinión sobre el valor o desvalor del mandato como tal”²²⁹. En este contexto el autor distingue entre **tipos de dominación según “sus pretensiones típicas de legitimidad”**.

i. Tipos de Dominación Legítima

Articulando su definición de Acción Social a la de Dominación, Weber plantea que existen 3 tipos puros de dominación legítima, distintos en cuanto al fundamento de su legitimidad, pudiendo ser: **De carácter Racional**, dominación que reposa sobre la creencia en dos aspectos: El de Legalidad de las ordenaciones estatuidas, y el de la Legalidad de los derechos de mando “de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal)”; **De carácter Tradicional**, la que descansa en la santidad de las tradiciones que han regido desde tiempos inmemoriales, y la legitimidad de los señalados por dicha tradición para ejercer la autoridad; **De carácter carismático**, donde la dominación descansa “en la entrega extra cotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (llamada) (autoridad carismática)”²³⁰.

²²⁷ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 44.

²²⁸ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 170.

²²⁹ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 172.

²³⁰ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 172.

En este contexto de formas de Dominación, constituye relevante para la presente investigación la **Dominación Legal Racional**, por ser esta ante la dominación moderna. La Dominación Legal se ejerce mediante un cuadro administrativo burocrático y se realiza sobre la base del Derecho moderno. Esta forma de dominación descansaría sobre la validez de las siguientes ideas: Que todo derecho "... puede ser estatuido de modo racional – racional con arreglo a fines o racional con arreglo a valores (o ambas cosas) -, con la pretensión de ser respetado, por lo menos, por los miembros de la asociación; y también regularmente por aquellas personas que dentro del ámbito de poder de la asociación (...) realicen acciones sociales o entren en relaciones sociales declaradas importantes por la asociación"; "Que todo derecho según su esencia es un cosmos de reglas abstractas, por lo general estatuidas intencionalmente; que la judicatura implica la aplicación de esas reglas al caso concreto; y que la administración supone el cuidado racional de los intereses previstos por las ordenaciones de la asociación, dentro de los límites de las normas jurídicas y según principios señalables que tienen la aprobación o por lo menos carecen de la desaprobación de las ordenaciones de la asociación"; y que el soberano legal típico, la "persona puesta a la cabeza", "en tanto que ordena y manda, obedece por su parte al orden impersonal por el que orienta sus disposiciones"²³¹.

Esta forma de Dominación Legal Racional es la que llega con la modernidad, constituyéndose en hegemónica.

II.1.7. La Relación entre Derecho, Garantía Jurídica y Economía

En cuanto al nexo entre Intereses económicos y Derecho, Weber asume que la garantía jurídica está al servicio directo de los intereses económicos, que "los intereses económicos son los factores más poderosos en la formación del derecho, porque toda la fuerza que garantiza un poder jurídico es, de alguna manera, mantenida en existencia por la acción consensual de los grupos sociales a que a él pertenecen, y la formación de grupos sociales está condicionada en alto grado por la constelación de intereses materiales ... Para ningún fenómeno

²³¹ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 173.

económico fundamental, es imprescindible, desde un punto de vista teórico, la garantía “estatal” del derecho”²³².

En este orden de ideas, Weber plantea en el Derecho moderno la articulación entre Orden Económico y Orden Jurídico. Define al Orden Económico como “la distribución del poder de disposición efectivo sobre bienes y servicios económicos que se produce consensualmente ... según el modo de equilibrio de intereses, y a la manera como esos bienes y servicios se emplean según el sentido de ese poder fáctico de disposición que descansa sobre el consenso”²³³. Por otra parte entiende al Orden Jurídico desde una perspectiva sociológica indicando que este puede ser comprendido en sentido sociológico como “**validez empírica**”, donde deja ser entendido como “un cosmos lógico de normas “correctamente” inferidas”, para pasar a ser “un complejo de motivaciones efectivas del actuar humano”²³⁴. Así, el Orden Económico y el Orden Jurídico se encuentran en íntima relación, es esta articulación la que conduce a que el **Orden Jurídico** sea comprendido en sentido sociológico.

A efectos de precisar la perspectiva subjetivista expuesta, Weber plantea que “El hecho de que algunos hombres se conduzcan de un determinado modo *porque* consideran que así está prescrito por normas jurídicas, constituye, sin duda, una componente esencial para el nacimiento *empírico*, real, de un “orden jurídico” y también para su perduración”; pero esta afirmación no significa que todos o la mayoría de los participantes en aquella conducta obren en virtud de tal motivo. No todos los participantes asumen la obediencia “sentida” como una obligación jurídica. Si este fuera el caso, indica el autor, el Derecho perdería su carácter subjetivo y devendría en mera costumbre; tampoco hace falta que todos los que, en virtud de un precepto jurídico, están convencidos del carácter normativo de una determinada conducta, vivan siempre de acuerdo con este precepto.

En este contexto de validez empírica Weber indica que **los partícipes se conducen de acuerdo al orden jurídico** por motivos como los siguientes: Bien porque el mundo circundante lo aprueba, y reprueba lo contrario; bien por una

²³² Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 270

²³³ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 251.

²³⁴ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 252

nueva habituación rutinaria a las regularidades de la vida arraigadas en calidad de costumbres. En cuanto a los **motivos del sometimiento al precepto jurídico**, efectivamente, estos pueden ser de los más variados pudiendo adoptar “según el caso, un carácter más utilitario o más ético o más “convencional”, en sentido subjetivo, temiendo la desaprobación del medio ambiente. La clase de motivos dominantes en un momento dado tiene la mayor importancia para la clase de validez y para las probabilidades de vigencia del derecho mismo”. En el caso del Derecho garantizado, “se trata de que exista también una probabilidad suficiente de intervención de un grupo de personas, establecidas para ello, en los casos en que *sólo* se ofrece el puro hecho de la infracción de la norma, es decir, que esa intervención se apoya en este mero motivo formal”²³⁵.

La economía moderna requiere de un Orden Jurídico específico y garantizado, por cuanto “descansa sobre probabilidades obtenidas por contratos”. Al respecto indica que “por muy lejos que lleguen el *interés* particular por la “legalidad contractual” y los intereses comunes de los propietarios por la defensa mutua de su propiedad, y por mucho que la convención y la costumbre determinen actualmente en el mismo sentido a los particulares... la aceleración moderna del tráfico económico reclama un derecho de funcionamiento rápido y seguro, garantizado por una fuerza coactiva de la más alta eficacia”²³⁶.

La garantía se hace necesaria por cuanto el desarrollo de la economía moderna y del mercado ha destruido las “asociaciones que eran portadoras de derecho y, por tanto, garantía del mismo”. En este proceso de desarrollo económico y mercado se plantea la necesidad del funcionamiento “del derecho *calculable* según reglas racionales. Y por otra, la extensión del mercado (...) favorece, en virtud de sus consecuencias inmanentes, el monopolio y reglamentación de toda fuerza coactiva “legítima” por medio de *un* instituto coactivo universal”²³⁷. Weber establece como exteriorización de las relaciones más elementales entre Derecho y Economía que “Quien se encuentra de hecho en posesión de un poder de disposición sobre una persona o una cosa, obtiene, mediante la garantía jurídica, una nueva y específica

²³⁵ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 254

²³⁶ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 272

²³⁷ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 272

seguridad acerca de la subsistencia de ese poder, del mismo modo que aquel a quien se ha prometido algo confía en que la promesa será cumplida. Estas son en realidad las relaciones más elementales entre el derecho y la economía²³⁸; en este contexto "... la actuación del aparato coactivo puede hallarse estructurada de tal modo por los ordenamientos dotados de vigencia empírica, que el nacimiento de ciertas relaciones económicas: regulación de los poderes económicos de disposición o de las expectativas económicas basadas en convenio, sólo sea posible a través de procedimientos coactivos, creándose al efecto un derecho objetivo racional"²³⁹.

II.1.8. Preceptos Jurídicos y Expectativas de Conducta Sociológica y Economía

Siguiendo con el análisis, Max Weber precisa que el Derecho Moderno se compone de preceptos jurídicos, "de normas abstractas de acuerdo con cuyo contenido una determinada situación de hecho debe producir tales o cuales consecuencias jurídicas"²⁴⁰. Seguidamente clasifica los tipos de normas y derechos subjetivos que contienen en relación con las expectativas que se generan desde la perspectiva sociológica, las mismas que seguidamente presentamos.

TIPOS DE NORMAS	DERECHOS SUBJETIVOS	EXPECTATIVAS SOCIOLÓGICAS QUE GENERAN
Imperativas	Un individuo puede ordenar un determinado comportamiento	La de que otros observen una determinada conducta.
Prohibitivas	Un individuo puede prohibir un determinado comportamiento	La de que omitan un determinado proceder; "formas de exigencia".
Permisivas ²⁴¹	Un individuo puede permitir un determinado comportamiento	La de que no estorben una acción o una omisión del derecho habiente "facultades" ²⁴² .

Este tipo de normas, en especial las permisivas y las "facultades", tienen repercusiones cualitativas en la esfera de disposición del individuo, por cuanto en el desarrollo del Orden Económico son importantes, tanto en lo que concierne a su forma, como en extensión respecta.

²³⁸ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 532

²³⁹ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 532

²⁴⁰ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 532

²⁴¹ *Amplitud de las normas permisivas*. "El ordenamiento por medio de normas permisivas (...) rebasa necesaria y fundamentalmente, en ciertos casos, la esfera de la simple limitación de los sectores recíprocos de la libertad individual. Pues los negocios jurídicos permitidos por la ley implican, por regla general, la autorización a las partes de ligar también a terceros". Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 547

²⁴² Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 532

Las expectativas acotadas comprenden dos tipos de derechos. Por una parte, los llamados “derechos de libertad”, o sea el simple aseguramiento (dentro del ámbito de la conducta jurídicamente permitida) contra ciertas clases de molestias provenientes de terceros y también, especialmente, del aparato estatal (libertad de tránsito, de conciencia, de disposición de una cosa que se posee como propietario, etc.); y, por su parte, otros preceptos creadores de “facultades” “conceden a los individuos la facultad de regular automáticamente, dentro de ciertos límites y por medios de negocios jurídicos, sus relaciones recíprocas”.

II.2. Jürgen Habermas y la Teoría de la Acción Comunicativa

Habermas establece tres conceptos de Mundo para explicar el contexto en el que se desenvuelve la Racionalidad y la Acción Racional, que son: El Mundo Objetivo o Mundo de Estado de Cosas Existente, el Mundo Social y el Mundo de la Vida.

El Mundo Objetivo o de Estado de Cosas Existente se refiere a la “totalidad de los estados de cosas que existen o que pueden presentarse o ser producidos mediante una adecuada intervención del mundo”²⁴³ en que el actor interviene con conocimiento y voluntad, siendo capaz de formarse opiniones y desarrollar acciones que le permitan modificar el entorno a efectos de hacer realidad el estado de cosas deseado, el que trasciende la objetividad para representarse en el plano semántico “como contenidos proposicionales de oraciones enunciativas o de oraciones de intención”²⁴⁴, donde los actores que se orientan hacia su propio éxito utilizan el lenguaje para influir a los otros a efecto de “mover al oponente a formarse las opiniones o a concebir las intenciones que les convienen para sus propios propósitos”²⁴⁵ en la perspectiva de afectar al Mundo Objetivo o al Mundo de Estado de Cosas Existente.

El Mundo Social se vincula a la acción regulada por normas, por cuanto se desenvuelve en un contexto normativo “que fija que interacciones pertenecen a la totalidad de relaciones interpersonales legítimas”²⁴⁶ y se clarifica “por referencia a la vigencia de las normas”, donde estas poseen validez y vigencia social en la

²⁴³ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Tomo I. Taurus. Madrid, 1988. 517 Págs. Pág. 125

²⁴⁴ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Ob. Cit. Pág. 125

²⁴⁵ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Ob. Cit. Pág. 137

²⁴⁶ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Ob. Cit. Pág. 127

medida que son reconocidas por los destinatarios como válidas o justificadas²⁴⁷. En el Mundo Social se plantea para el actor un enjuiciamiento objetivo en una doble dirección de ajuste: Por un lado, “se plantea la cuestión de si los motivos y las acciones de un actor concuerdan con, o se desvían de las normas vigentes (se enjuician las acciones desde la perspectiva de si concuerdan con el orden normativo vigente o se desvían de él, es decir, de si son correctas o no lo son en relación con un contexto normativo considerado legítimo)”; por el otro, “se plantea la cuestión de si las normas vigentes encarnan valores que en relación con un determinado problema expresan intereses susceptibles de universalización de los afectados mereciendo con ello el asentimiento de sus destinatarios (se enjuician las normas desde la perspectiva de si están justificadas o no, de si merecen o no merecen ser reconocidas como legítimas)”²⁴⁸.

El concepto **Mundo de la Vida** involucra a los de racional, racionalidad y racionalización, y constituye la exteriorización de las estructuras de racionalidad y por ende de las distintas formas de acción racional. El Mundo de Vida es el escenario en el que se desenvuelven las diversas formas de Racionalidad y de Acción Social; los fenómenos de la Acción Racional Teleológica (tecnologías, las estrategias, las cualificaciones y organizaciones), y la Acción Comunicativa (mecanismos de regulación de conflictos, imágenes del mundo, formaciones de identidad)²⁴⁹; también es el contexto adquieren eficacia los movimientos sociales y los sistemas institucionales.

La articulación conceptual entre Mundo Objetivo, Mundo Social y Mundo de Vida, permite posteriormente a Habermas abordar la temática de la acción comunicativa, sustento de la Teoría de la Acción Comunicativa. En este orden de ideas, la dilucidación de esta última pasa por el análisis de los conceptos que conforman su especificidad teórica tales como lo Racional, la racionalidad y la racionalización. Pero ¿cuáles son las dimensiones de estos conceptos y cómo se desenvuelven en el mundo de la vida?, seguidamente los exponemos.

²⁴⁷ Ver: Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Ob. Cit. Pág. 127

²⁴⁸ Ver: Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Ob. Cit. Pág. 129

²⁴⁹ Habermas, Jürgen. *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*. Taurus Ediciones- Santillana S.A. Madrid, 1992. 315 Págs. Pág. 34

II.2.1. Lo Racional, la Racionalidad y la Racionalización

i. Lo Racional

Lo Racional comprende a aquellas personas que tienen la condición de acceder a un saber, a sus manifestaciones simbólicas, a las acciones lingüísticas o no lingüísticas, comunicativas o no comunicativas que generan y encarnan un saber, por lo que estamos ante una doble condición, generación y acceso al saber. Asimismo comprende a la manifestación que subyace a la práctica comunicativa, abarcando con ello “diversas formas de argumentación” y otras posibilidades “de proseguir la acción comunicativa con medios reflexivos”²⁵⁰, incorporando también a la opinión o una acción “demostrable” y con “posibilidad de fundamentación objetiva”²⁵¹. Al ser el saber el eje articulador, la acción o emisión devendrá en racional en la medida que exista fiabilidad del saber que encarnan, lo que supone la relación entre racionalidad y saber.

Pero el concepto de lo Racional va más allá, trasciende lo expuesto para incorporar además a aquellos que interpretan “sus necesidades a la luz de los estándares de valor aprendidos en su cultura”, respecto de los cuales asumen una actitud reflexiva; también, a los que siguen “una norma vigente” siendo capaces de justificar su acción “interpretando una situación dada a la luz de expectativas legítimas de comportamiento”²⁵² o “recurriendo a las ordenaciones normativas vigentes”, actuando con lucidez en un conflicto normativo y “esforzándose por juzgar imparcialmente la cuestión desde un punto de vista moral y por resolverla consensualmente”²⁵³.

Estas diversas dimensiones constituyen el signo de la complejidad de lo Racional, que implica también la “cancelación de las relaciones de violencia que se han acomodado inadvertidamente en las estructuras comunicacionales”²⁵⁴ permitiendo dirimir el conflicto en forma consensual y consciente.

ii. La Racionalidad

La Racionalidad incorpora las nociones de sujeto, saber y capacidad de soportar una crítica, siendo explicitada como la “disposición de los sujetos capaces de

²⁵⁰ Ver: Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Págs. 24 y 26

²⁵¹ Habermas, J. *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*. Cit. Pág. 234

²⁵² Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 34

²⁵³ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 38

²⁵⁴ Habermas, J. *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*. Cit. Pág. 34

lenguaje y de acción” en formas de comportamiento capaces de ser justificadas en buenas razones, significando que las emisiones o manifestaciones racionales sean “accesibles a un enjuiciamiento objetivo”²⁵⁵ y fiables, “guardando así una relación con el mundo objetivo”²⁵⁶.

Desde esta perspectiva, la racionalidad y su problemática es ubicada en el ámbito subjetivo, en “el plano de las estructuras de conciencia”²⁵⁷, implicando el enjuiciamiento del mundo objetivo que sólo puede generarse por la capacidad de crítica y necesidad de justificación, posible en la medida que exista una “pretensión transubjetiva de validez”²⁵⁸, donde el significado sea el mismo para el destinatario como para el agente. Desde esta perspectiva la problemática de la Racionalidad se articula al entendimiento y al consenso que descansa en el reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez, orientación que actualiza las relaciones del actor con el mundo²⁵⁹, escenario de la Verdad y Eficacia.

La Racionalidad implica también estudiar las condiciones que han de cumplirse para que se pueda alcanzar comunicativamente un Consenso, por cuanto las condiciones de validez de las expresiones simbólicas “remiten a un saber de fondo, compartido intersubjetivamente por la comunidad de comunicación”²⁶⁰.

Habermas establece los siguientes tipos de racionalidad: la Racionalidad Sistémica, la Racionalidad Instrumental, la Racionalidad Estratégica, la Racionalidad Comunicativa y la Racionalidad Cognitivo Instrumental. En la *Racionalidad Sistémica* los fines son transferidos a los sistemas autorregulados; en la *Racionalidad Instrumental* se mide la eficacia de la solución de tareas técnicas; la *Racionalidad Estratégica* plantea la concepción explícita y la elaboración consecuente de procesos de decisión, observándose si en una cierta “situación de interés (sistema de preferencias) y, percibidas una ciertas condiciones marginales, un sujeto escoge su acción de modo obligatoriamente analítico de acuerdo con máximas admitidas de decisión extraídas de un ámbito

²⁵⁵ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 42

²⁵⁶ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 24, 26

²⁵⁷ Habermas, J. *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*. Cit. Pág. 234

²⁵⁸ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 26

²⁵⁹ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 190

²⁶⁰ Ver: Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Págs. 29, 30, 31

de alternativas suficientemente explícito”²⁶¹; la *Racionalidad Comunicativa* se desarrolla desde la perspectiva del enfoque fenomenológico, donde el mundo cobra objetividad a partir de su reconocimiento como comunidad de sujetos capaces de lenguaje y acción; y la *Racionalidad Cognitivo – Instrumental*, desarrollada por el enfoque realista²⁶², se refiere “a las diversas formas de desempeño discursivo de pretensiones de validez” y a “relaciones que en su acción comunicativa los participantes entablan con el mundo al reclamar validez para sus manifestaciones o emisiones”²⁶³.

iii. La Racionalización

La Racionalización se articula al desarrollo de las religiones universales y al nacimiento y desarrollo de la Economía Capitalista y del Estado Moderno; hechos que conforman, a su vez, las dos grandes hornadas por las que ha atravesado el proceso de Racionalización. La primera gran etapa se relaciona con la “ética económica de las religiones universales”, que implicó la “racionalización de las imágenes del mundo”, su desencantamiento; proceso que coadyuvó a que las cuestiones cognoscitivas, normativas y expresivas adquieran su propia dinámica y lógica, es la etapa de la laicización de la vida. La segunda, se vincula al desarrollo de la Economía Capitalista y al Estado Moderno, donde se produce la “materialización institucional de las estructuras de conciencia modernas” y la transformación de la “racionalización cultural en racionalización social”²⁶⁴, en un mundo desacralizado, donde el conocimiento, las normas y la comunicación adquieren su propia especificidad y lógica, la laicización se inserta también en la organización administrativa, económica y social.

La Racionalización se proyecta en hechos que impulsan el desarrollo de las fuerzas productivas, tales como la quiebra de la actitud frente a la tradición judeo cristiana y pérdida del carácter de incuestionable de los principios supremos; el progreso de las “ciencias modernas”, donde la lógica de desarrollo del conocimiento se puede traducir en “tecnologías, estrategias, organizaciones o en cualificaciones”, así como en mecanismos capaces de explicar “la adquisición de

²⁶¹ Habermas, J. *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*. Cit. Pág. 234

²⁶² Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 32

²⁶³ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 111

²⁶⁴ Ver: Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 227

esos saberes y los correspondientes procesos de aprendizaje”, dotándoles de repercusión social, y la formación “práctico–moral” de la voluntad; y la comprensión de que la unidad del mundo sólo puede ser sostenida por la unidad de la razón “configuración racional del mundo <<realización de la razón>>”²⁶⁵.

Esta racionalización se manifiesta a través de “las reglas de la actuación instrumental, estratégica o comunicativa”²⁶⁶, contexto en el que se desenvuelve la *racionalización de la acción*, la misma que se plasma tanto en las fuerzas productivas, como en las formas de integración social, proceso en el que se configura la *racionalización social* en las ideas²⁶⁷.

Pero ¿qué implicancias tiene la racionalización social de las ideas? En principio debemos precisar que la racionalización social “consiste en la implantación de subsistemas de acción racional con arreglo a fines”²⁶⁸ y su relevancia radica en el hecho de que ellas se incorporan a intereses, materializándose en “órdenes de vida diferenciados”²⁶⁹.

Habermas se refiere también a la forma en que Weber y Marx tratan la problemática de la racionalización social. Weber, indica, identifica racionalización social “con el aumento de la racionalidad instrumental y estratégica en los contextos de acción”²⁷⁰, juzgando al marco institucional de la Economía Capitalista y del Estado Moderno como “relaciones de producción que encadenan el potencial de racionalización que las fuerzas productivas comportan”, como “aquellos subsistemas de acción racional con arreglo a fines en que se despliega el racionalismo occidental”²⁷¹. Para Weber, lo que importa no es explicar “la racionalidad con arreglo a fines de la gestión económica y de la acción administrativa, sino su institucionalización”²⁷².

En cuanto a Marx, indica que este considera que la Racionalización Social se implanta a dos niveles: Fuerzas Productivas y Relaciones de Producción. A nivel de Fuerzas Productivas, a través de la implantación “del saber empírico, con las

²⁶⁵ Ver: Habermas, J. *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*. Cit. Págs. 18 y 32

²⁶⁶ Habermas, J. *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*. Cit. Pág. 234

²⁶⁷ Ciencia, técnica, derecho, moral, etc.

²⁶⁸ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 288

²⁶⁹ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 313

²⁷⁰ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 199

²⁷¹ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 198

²⁷² Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 288

mejoras de las técnicas de producción y con la movilización, cualificación y organización (...) de la fuerza de trabajo socialmente disponible”²⁷³, mientras que en el ámbito de las relaciones de producción, se logra a través de las instituciones que expresan la distribución del poder social, las que “experimentan revoluciones merced a la presión racionalizadora de las fuerzas productivas”²⁷⁴.

II.2.2. Las Distintas Formas de Acción

Pero ¿en qué consiste la Acción Social en los términos de Habermas? La comprensión de la misma se efectiviza a partir de la función que realiza. Así, Habermas amplía el concepto de Acción Social weberiano al indicar que la Acción Social en general debe ser capaz de solucionar problemas de acción vía procedimientos, los que pueden ser de orden técnico, estar vinculados a labores estratégicas ó referidos a tareas prácticas; teniendo cada uno de estos tipos de problemas de acción (de orden técnico, estratégico o práctico) un procedimiento particular de solución. En este orden de ideas, a los problemas técnicos le corresponderá la construcción de medios adecuados; a los referidos a tareas estratégicas les corresponderá el procedimiento de solución la “influencia racional sobre las acciones de los actores competitivos”; y a los relacionados con tareas prácticas, se les aplicará como procedimiento de solución la justificación de normas y valores²⁷⁵. Sobre la base de la acción en general que tiene que resolver problemas de acción vía procedimientos de orden técnico, estratégico o práctico, se establecen los cuatro tipos o conceptos básicos de acción siguientes: La Acción Teleológica, la Acción Regulada por Normas, la Acción Dramatúrgica y la Acción Comunicativa²⁷⁶.

i. De la Acción Teleológica a la Acción Estratégica

Según Habermas, Weber denomina a la Acción Teleológica, a la Acción Racional con Arreglo a Fines²⁷⁷, donde el rol preponderante lo asume la interpretación de la acción, la misma que puede ser explicada como racional con arreglo a fines “si existen estándares de enjuiciamiento que tanto el agente como su intérprete

²⁷³ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 198

²⁷⁴ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 198

²⁷⁵ Ver: Habermas, J. *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*. Cit. Pág. 233

²⁷⁶ Ver: Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 122, 123 y 124.

²⁷⁷ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 126. Según Weber, la acción *racional con arreglo a fines* se encuentra determinada por el comportamiento de otros hombres utilizando *las expectativas* como medio para el logro de los fines racionalmente perseguidos. Ver: Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit.

aceptan como válidos... como criterios de enjuiciamiento objetivo e imparcial...”²⁷⁸.

La Acción Teleológica supone a un solo actor, a diferencia de la Acción Estratégica que involucra la participación de otros. El desarrollo y complejización de las relaciones conduce a la Acción Estratégica. Pero ¿qué es la Acción Teleológica y cómo se desenvuelve hacia la Acción Estratégica?

En la Acción Teleológica el actor mantiene relaciones con el Mundo Objetivo y busca realizar un fin “o hace que se produzca el estado de cosas deseado eligiendo en una situación dada los medios más congruentes y aplicándolos de manera adecuada”²⁷⁹. Esta descripción de la Acción involucra los aspectos siguientes: la individualidad del actor, la decisión de elegir entre las alternativas de acción, los medios para la consecución y el fin a alcanzar. La Racionalidad de las relaciones que se establecen en el Mundo Objetivo por parte del actor se configura a partir del hecho de que estas pueden ser “objeto de un enjuiciamiento objetivo”.

¿En qué momento la Acción Teleológica se convierte en Acción Estratégica? En principio debemos reiterar que la Acción Estratégica supone una ampliación de la Acción Teleológica, así como la participación de otro, y se convierte en tal “cuando en el cálculo que el agente hace de su éxito interviene la expectativa de decisiones de a lo menos otro agente que también actúa con vista a la realización de sus propósitos”, aquí existe la elección de medios y fines para “la maximización de utilidad o expectativas de utilidad”²⁸⁰. La Acción Estratégica agrega como componente a la expectativa de las decisiones de otro agente, que también actúa en función del éxito a conseguir; así como los actos del habla y el lenguaje, los que intervienen como factor de comunicación y entendimiento para la realización de los “cálculos egocéntricos de utilidad” mediados por intereses²⁸¹.

En el contexto de la Acción Estratégica los actores pueden actuar de cualquiera de las siguientes dos formas: Orientándose por su propio éxito, donde los hechos son evaluados en función de las preferencias del actor; u, orientándose por el entendimiento, donde se plantean “la comprensión de la situación negociada en común y sólo interpretan los hechos relevantes a la luz de pretensiones de validez

²⁷⁸ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 149

²⁷⁹ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 125

²⁸⁰ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 126

²⁸¹ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 137

intersubjetivamente reconocidas”²⁸². Por lo que los ejes explicativos pueden ser la orientación al éxito o la orientación al entendimiento.

Al existir un proceso económico orientado por decisiones descentralizadas, así como sujetos de acción formalmente privados y circulación económica capitalista, “...la acción estratégica se convierte en la forma legítima de la búsqueda egoísta (éticamente neutralizada) de los intereses privados”²⁸³.

ii. La Acción Regulada por Normas

La acción regulada por normas implica la relación del actor con el Mundo Objetivo y a su vez con el Mundo Social, y consta “de un contexto normativo que fija que interacciones pertenecen a la totalidad de las relaciones interpersonales legítimas”²⁸⁴ y se clarifica “por referencia a la vigencia de las normas”, donde una norma posee validez y vigencia social cuando “es reconocida por los destinatarios como válida o justificada”²⁸⁵.

A diferencia de las acciones teleológicas o estratégicas, donde existe uno o varios actores, aquí se trata de un colectivo o grupo social que orienta su actuar en función de valores comunes, de normas que involucran a todos; actuar que exterioriza la vigencia de un acuerdo al interior del grupo. El saber que se encuentra en las acciones reguladas por normas remite a la validez de normas, por cuanto con estas acciones el hablante se refiere “a algo en el mundo social común o a algo en el mundo subjetivo que es en cada caso el propio de cada uno”²⁸⁶.

Así, se configura el modelo normativo de acción, el cual dota al agente de un complejo cognitivo y comunicacional que viabiliza el comportamiento de acuerdo a las normas. Pero el modelo no se queda ahí, sino que avanza hacia la interiorización de valores por cuanto se asume que “las normas vigentes sólo adquieren fuerza motivadora de la acción en la medida en que los valores materializados en ellas representan patrones conforme a los cuales se interpretan las necesidades en el círculo de destinatarios de las normas, y que en los procesos de aprendizaje se hayan convertido en patrones de percepción de las

²⁸² Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Editorial Trola. Madrid, 1998. 689 Págs. Pág. 89

²⁸³ Habermas, J. *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*. Cit. Pág. 236

²⁸⁴ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 127

²⁸⁵ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 127

²⁸⁶ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 34

propias necesidades”²⁸⁷. Esta condición de actuar en función de valores y normas comunes se asienta en una expectativa generalizada de comportamiento, por la que los integrantes del grupo social “tienen derecho a esperar unos de otros que en determinadas situaciones se ejecuten u omitan”²⁸⁸ acciones que pueden ser obligatorias o prohibidas, con lo que el comportamiento descansa en “manifestaciones previstas de sentido”, las cuales deben ser comprensibles en su contexto.

En este tipo de acciones se hace referencia a normas en vez de a hechos, por lo que se plantea la pretensión del comportamiento correcto en relación con un contexto normativo reconocido como legítimo. Aquí la realización de la Racionalidad requiere del reconocimiento intersubjetivo “de una pretensión de validez susceptible de crítica”.

El hecho de que el agente actúe de conformidad con las normas implica la distinción por parte de este de los componentes fácticos y normativos de su acción; así como de distinguir entre las condiciones, medios y los valores²⁸⁹; pudiendo adoptar los implicados una actitud objetivante frente a algo que es o una actitud de conformidad o no conformidad normativa frente a algo que con razón o sin ella rige como obligatorio.

En este orden de ideas, que la norma sea válida significa “que merece el asentimiento de todos los afectados porque regula los problemas de acción en beneficio de todos”²⁹⁰, lo que implica su vigencia fáctica, donde la pretensión de validez se desenvuelve sobre la base del reconocimiento que de ella hacen los involucrados, constituyendo el sustento de la denominada validez social de la norma.

iii. La Acción Dramatúrgica

Este tipo de acción hace referencia a los participantes en una interacción “que constituyen los unos a los otros un público ante el cual se ponen a sí mismos en escena”, aquí los involucrados aprovechan el hecho de que todo agente puede controlar el acceso de los demás a la esfera de sus propios sentimientos,

²⁸⁷ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 129

²⁸⁸ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 123

²⁸⁹ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 130

²⁹⁰ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 128

pensamientos, actitudes, deseos, etc., para gobernar su interacción regulando el recíproco acceso a la propia subjetividad, la cual es siempre exclusiva de cada uno²⁹¹.

iv. La Acción Comunicativa

Este tipo de acción supone por lo menos la participación de dos actores, pudiendo ser más, los mismos que deben cumplir la condición de poseer lenguaje y capacidad de acción. La relación entre ellos se genera sobre la base de la interacción, a mérito de la cual “buscan entenderse sobre una situación de acción para poder así coordinar de común acuerdo sus planes de acción y... acciones”²⁹². Este entenderse, que no es otra cosa que la interpretación que hacen los actores, encierra en sí mismo la *negociación de definiciones de la situación susceptible de consenso*²⁹³; donde el lenguaje pasa a ocupar un lugar primordial por cuanto exterioriza las relaciones de los actores con el mundo.

Así, en la Acción Comunicativa el lenguaje se constituye en un medio, “dentro del cual tiene lugar un tipo de procesos de entendimiento en cuyo transcurso los participantes, al relacionarse con un mundo, se presentan unos frente a otros con pretensiones de validez que pueden ser reconocidas o puestas en cuestión”²⁹⁴. En la Acción Comunicativa se asume que es capaz de responder de sus actos como miembro de una comunidad de comunicación, en un ámbito de racionalidad superior, aquel que pueda orientar su acción “por pretensiones de validez intersubjetivamente reconocidas”, existiendo la posibilidad de coordinar las acciones “sin recurrir a la coerción” solventando consensualmente los conflictos de acción²⁹⁵.

Desde esta perspectiva, el Mundo de la Vida “constituye el trasfondo”²⁹⁶ de la Acción Comunicativa, el “horizonte de las situaciones de habla” y a su vez, “fuente de operaciones interpretativas”²⁹⁷, envuelve a los participantes “en el modo de una certeza inmediata, desde la que vivimos y la hablamos sin distancia respecto de

²⁹¹ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 124

²⁹² Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 124

²⁹³ Ver: Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 124

²⁹⁴ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 143

²⁹⁵ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 33

²⁹⁶ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 119

²⁹⁷ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 83

ella”²⁹⁸. Lo trascendente de este tipo de acción es que en ella los actores hablantes integran los tres conceptos de Mundo (Mundo Objetivo, Mundo Social y Mundo Subjetivo)²⁹⁹ y definen su posición en relación con el Mundo Objetivo y el Mundo Social que comparten intersubjetivamente, poseyendo cada uno su propio “mundo subjetivo”.

La Acción Comunicativa asume que los participantes “persiguen sin reservas sus fines ilocucionarios, ligan su acuerdo al reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica y se muestran dispuestos a asumir las obligaciones relevantes para la secuencia de interacción que se siguen de un consenso”³⁰⁰. Al establecerse como sustrato que la acción depende de la intersubjetividad de la relación que los agentes entablan y de las obligaciones que establecen en doble vía, a través del lenguaje, se concluye en que estos tienen la posibilidad de posicionarse “con un *sí* o con un *no* ante una pretensión de validez susceptible de crítica si el otro está dispuesto a justificar... la pretensión entablada con sus actos de habla. Y como los sujetos que actúan comunicativamente se comprometen a hacer depender la coordinación de sus planes de acción de un acuerdo basado en la mutua toma de postura ante, y en el reconocimiento intersubjetivo de, pretensiones de validez, sólo pueden contar las razones que puedan ser aceptadas *en común* por las partes implicadas”³⁰¹.

En este contexto, las relaciones entre los actores se complejizan, por cuanto los consensos a los que buscan arribar son sometidos a criterios de verdad, de rectitud, de veracidad, de ajuste o desajuste “entre los actos del habla, por un lado, y, por el otro, los tres mundos con que el actor contrae relaciones con su manifestación”³⁰². En la Acción Comunicativa el agente se sirve de un lenguaje natural para entenderse con un destinatario acerca de algo en el mundo, el cual “se ve obligado a adoptar una actitud realizativa y a comprometerse con determinadas suposiciones”.

En este orden de ideas, el lenguaje deviene en un medio de comunicación que sirve al entendimiento, a la consecución de “un acuerdo racionalmente motivado

²⁹⁸ Ver: Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 83

²⁹⁹ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 143

³⁰⁰ Habermas, J. En el Prefacio. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág.66

³⁰¹ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág.185

³⁰² Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 144

alcanzado entre los participantes”, quienes al entenderse entre sí para coordinar sus acciones, persiguen cada uno determinadas metas “pretensiones de validez susceptibles de crítica”³⁰³. A través de estos procesos de entendimiento discurren la coordinación de la acción y el devenir concatenado de las acciones, “lo que permite que las convicciones intersubjetivamente compartidas se conviertan en un medio de integración social”³⁰⁴.

iv.1. Las razones en la Acción Comunicativa

El medio lingüístico que permite que se concatenen las interacciones y se estructuren las formas de vida, hace posible la razón comunicativa, la misma que se encuentra inscrita en el entendimiento intersubjetivo. Quienes participan en la interacción se atribuyen “mutuamente la capacidad de responder de sus propios actos” se suponen mutuamente capaces “de orientar su acción por pretensiones de validez”³⁰⁵. En este proceso las convicciones intersubjetivamente compartidas pueden ser objeto de cuestionamiento, deviniendo en problemáticas, situación que permite que intervengan como apoyo de estas las razones. Pero ¿qué son las razones?

Las razones no se atribuyen a un actor particular o a un macrosujeto estatal-social, sino que son el medio a través del cual se desenvuelven las pretensiones de validez susceptibles de crítica, las mismas que cuando penetran en la Acción Comunicativa se presentan como facticidad social, como exteriorización de la práctica comunicativa cotidiana mediante la cual se reproducen las formas de vida. La fuerza motivante de la razón se sustenta en “una relación interna con la dimensión que representa el significado y la dimensión que representa la validez de las expresiones lingüísticas”³⁰⁶, pudiendo direccionarse a afianzar o desestabilizar convicciones; constituyendo el medio a través del cual la tensión entre Facticidad y Validez inmanente en el lenguaje penetra en la sociedad.

En este contexto la Racionalidad se manifiesta “en que el acuerdo alcanzado comunicativamente ha de apoyarse en última instancia en razones. Y la racionalidad de aquellos que participan...se mide por su capacidad de

³⁰³ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 110

³⁰⁴ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 97

³⁰⁵ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 82

³⁰⁶ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 97

fundamentar sus manifestaciones o emisiones en las circunstancias apropiadas”³⁰⁷. Desde esta perspectiva la razón de la Acción Comunicativa es similar a la Acción Estratégica y a la de la Acción Regulada por Normas, pero se diferencia de ellas, por los aspectos siguientes: La Acción Comunicativa no es una facultad subjetiva que dicte a los actores qué es lo que deben hacer, ni constituye fuente de normas de acción, por cuanto sólo se limita a tener un contenido normativo “en la medida que quien actúa comunicativamente no tiene más remedio que asumir presupuestos pragmáticos de tipo contrafáctico”; posibilita una “orientación por pretensiones de validez, pero no da ninguna orientación de contenido determinado para la solución de tareas prácticas, no es ni informativa ni tampoco directamente práctica”³⁰⁸.

iv.2. La Libertad en la Acción Comunicativa. La Libertad Comunicativa

En la Acción Comunicativa, la Libertad se articula al arbitrio regido por intereses de los sujetos que actúan en la actitud de orientarse a conseguir su propio éxito, así como a la coordinación de la acción a través de normas coercitivas que limitan el actuar y sólo se da entre actores que en actitud realizativa quieren entenderse entre sí sobre algo y esperan unos de otros tomas de postura (posicionamientos) frente a las pretensiones de validez que se entablan unos a otros.

En el contexto de la acción orientada al entendimiento, que es donde se crean las obligaciones, la «libertad comunicativa» se define como “la posibilidad recíprocamente presupuesta en la acción comunicativa, de tomar postura frente a una elocución o manifestación de un prójimo y frente a las pretensiones de validez entabladas con esa manifestación, las cuales se enderezan a un reconocimiento intersubjetivo”³⁰⁹.

iv.3. La Acción Comunicativa y su relación con la Acción con Arreglo a Fines y la Acción Estratégica. Intereses y expectativas

Según Habermas, Weber, ubica la Racionalidad con Arreglo a Fines en la acción empresarial, en la empresa capitalista; la misma que para ser tal, debe cumplir con

³⁰⁷ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 36

³⁰⁸ Habermas, J. En el Prefacio. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág.66

³⁰⁹ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 185

requisitos tales como: “a) orientaciones de acción racionales con arreglo a fines por parte de fuerza de trabajo que se integra en un proceso de producción planificado; b) un entorno económico previsible y calculable para la empresa capitalista ... mercados, bienes de capital y de trabajo; c) un sistema jurídico y una administración estatal que garantice esa previsibilidad ... d) un aparato estatal que sancione el derecho y que ... institucionalice en la administración pública orientaciones de acción racionales con arreglo a fines”³¹⁰.

Asimismo, precisa que en las sociedades en las que hegemoniza este tipo de acción racional con arreglo a fines, que se orienta al éxito, se plantea un doble problema: Por un lado, el de ordenarlas legítimamente y, por el otro, el de “deslindar entre sí, de forma normativamente vinculante, estos ámbitos de acción interesada”³¹¹. Desde esta última problemática, la del deslinde normativo – vinculante de los ámbitos de acción interesada, se establece que las acciones sociales que se institucionalizan en el contexto de órdenes legítimos descansan sobre un acuerdo, que se funda “en el reconocimiento intersubjetivo de normas”³¹²; acuerdo normativo que se transforma en acuerdo comunicativamente alcanzado y que deviene en uno “formalmente convenido y positivamente establecido”, siendo este el orden legítimo que adopta la forma de “convenio jurídicamente sancionado”³¹³. La racionalidad del acuerdo se resuelve por el procedimiento adoptado para llegar a él.

En cuanto a la relación entre intereses y expectativas que involucra la acción, se plantea “que los intereses sólo pueden ser satisfechos duraderamente mediante expectativas generalizadas de comportamiento si se unen con ideas que justifican a pretensiones de validez normativas; y las ideas a su vez sólo pueden imponerse empíricamente si se unen con intereses que les presten eficacia empírica”³¹⁴; por lo que se establece la articulación entre intereses, expectativas, pretensiones de validez y normas.

³¹⁰ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 288

³¹¹ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 330

³¹² Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 330

³¹³ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 331

³¹⁴ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 134

En este contexto, “sólo dentro de los límites normativamente fijados, pueden los sujetos jurídicos actuar de forma racional con arreglo a fines”, requiriéndose para la institucionalización de este tipo de acción “un... acuerdo normativo que responda a la idea de un convenio libre (discursivo), y que venga dotado de las propiedades formales de la racionalidad con arreglo a valores”³¹⁵. En este proceso de actuar comunicativo en una acción racional con arreglo a fines, entre los actores se producen controversias que pueden obligar a romper la comunicación que han establecido o pasar a la acción estratégica, lo que se traduce en acciones que apuntan a dilatar el conflicto o dirimirlo. En consecuencia la acción estratégica se realiza cuando se pasa a dirimir la controversia suscitada en la acción racional con arreglo a fines.

De esta forma de actuar se desprende un marco normativo que viabilice la <<integración social>>³¹⁶ y que establezca regulaciones que poseen “restricciones fácticas y capacidad de integrar socialmente”. Mediante la restricción fáctica el actor que actúa estratégicamente se ve en la necesidad de efectuar en su comportamiento “la adaptación que objetivamente desea”; por la capacidad de integrar socialmente “impone obligaciones a sus destinatarios “sobre la base de pretensiones de validez normativas intersubjetivamente reconocidas”³¹⁷.

iv.4. La Acción Comunicativa y la Acción Racional Regulada por Normas

El concepto de Acción Comunicativa utiliza al entendimiento lingüístico como mecanismo de coordinación de las acciones, contexto de entendimiento en el que recibe las presuposiciones contrafácticas de los actores quienes orientan su acción “por pretensiones de validez”³¹⁸ relevantes para la estructura y mantenimiento de los órdenes sociales, por cuanto estos *sólo pueden cobrar consistencia y perdurar sobre la base del* reconocimiento de pretensiones de validez normativa. Así, la Acción Comunicativa se termina orientando “por el acatamiento de normas de validez intersubjetiva que conectan expectativas recíprocas de comportamiento”³¹⁹.

³¹⁵ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 331

³¹⁶ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 89

³¹⁷ Ver: Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 89

³¹⁸ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 79

³¹⁹ Habermas, J. *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*. Cit. Pág. 33

Desde esta perspectiva las acciones reguladas por normas, se vinculan a la Acción Comunicativa debido a que completan “los actos de habla constatativos para configurar una práctica comunicativa que sobre el trasfondo de un mundo de vida tiende a la consecución, mantenimiento y renovación de un consenso que descansa sobre el reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica”³²⁰. En este tipo de acciones el actor, al momento de establecer objetivamente una relación interpersonal, se comporta de forma subjetivamente «correcta» (rectitud normativa) por cuanto cree “observar una norma de acción vigente, y de forma objetivamente correcta cuando la correspondiente norma se considera (...) justificada en el círculo de sus destinatarios”³²¹; el actor sigue o infracciona sólo aquellas normas “que él, subjetivamente, considera válidas o justificadas”³²², reconocimiento de pretensiones de validez normativa a mérito de las cuales queda expuesto a un enjuiciamiento objetivo; escenario en el cual el intérprete debe examinar la efectiva *conformidad* de una acción con una norma, su vigencia fáctica y su rectitud.

II.2.3. Dominación Legal y la Acción Regulada por normas

Establecidas las relaciones expuestas, corresponde analizar los términos en que se configura la dominación y como en ella se desenvuelve la Acción regulada por normas. Weber establece los tipos de dominación según “*sus pretensiones típicas de legitimidad*”, distinguiendo 3 tipos puros de dominación legítima, distintas en cuanto al fundamento de su legitimidad, las que pueden ser: de carácter racional, tradicional y carismático³²³.

Para los fines de la presente investigación nos limitaremos al análisis de la **Dominación de carácter Racional**. Esta forma de Dominación emerge con la modernidad y reposa sobre la creencia en dos aspectos: Legalidad de las ordenaciones estatuidas y los derechos de mando “de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal)”³²⁴. Esta forma de

³²⁰ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 36

³²¹ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 149

³²² Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 149

³²³ **De carácter Tradicional**, es la que descansa en la santidad de las tradiciones que han regido desde tiempos inmemoriales y la legitimidad de los señalados por dicha tradición para ejercer la autoridad. **De carácter Carismático**, descansa “en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (llamada) (autoridad carismática”. Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 172.

³²⁴ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 172.

Dominación es conocida también como la Dominación Legal, la que ya hemos tratado cuando analizamos la propuesta weberiana.

La Dominación Legal requiere, al igual que las otras formas de dominación, de un cuadro administrativo, de legitimidad, así como de la probabilidad en que se pueda confiar “de que se dará una *actividad, dirigida* a la ejecución de sus ordenaciones generales y mandatos concretos, por parte de un grupo de hombres cuya obediencia se espera”. La Dominación Legal es la dominación moderna. Se ejerce mediante un cuadro administrativo burocrático, se realiza sobre la base del Derecho Público y de validez de las siguientes ideas: Todo Derecho es pactado y otorgado, pudiendo ser estatuido de modo racional con arreglo a fines “con la pretensión de ser respetado (...) por los miembros de la asociación; y también regularmente por aquellas personas que dentro del ámbito de poder de la asociación (...) realicen acciones sociales o entren en relaciones sociales declaradas importantes por la asociación”. Se asume también, que el Derecho constituye “un cosmos de reglas abstractas, por lo general estatuidas intencionalmente; que la judicatura implica la aplicación de esas reglas al caso concreto; y que la administración supone el cuidado racional de los intereses previstos por las ordenaciones de la asociación, dentro de los límites de las normas jurídicas y según principios señalables que tienen la aprobación o por lo menos carecen de la desaprobación de las ordenaciones de la asociación”; que el soberano legal típico, la “persona puesta a la cabeza”, en tanto que ordena y manda, obedece por su parte al orden impersonal por el que orienta sus disposiciones”³²⁵.

En esta forma de Dominación adquiere relevancia, en relación con la Acción Estratégica y la Acción regulada por normas. Aquí el individuo transitaría de la Acción Racional con arreglo a fines (Teleológica) a la Acción Estratégica, donde participan una colectividad de actores y de ahí, a la Acción regulada por normas, que permite el desenvolvimiento del actor o actores en el Mundo Social que consta de un contexto normativo que “fija que interacciones pertenecen al tipo de las relaciones interpersonales legítimas”³²⁶ y que se clarifica, por parte de los actores

³²⁵ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 173.

³²⁶ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 127

intervinientes, “por referencia a la vigencia de las normas”, donde una norma posee validez y vigencia social cuando “es reconocida por los destinatarios como válida o justificada”³²⁷.

A diferencia de las acciones teleológicas o estratégicas, donde existe uno o varios actores, aquí se trata de un colectivo o grupo social que orienta su actuar en función de valores comunes, de normas que involucran a todos; actuar que exterioriza la vigencia de un acuerdo al interior del grupo. Esta disposición configura el **modelo normativo de acción** el cual dota a los intervinientes de un complejo cognitivo y comunicacional que viabiliza el comportamiento de acuerdo a las normas. Pero el modelo no se queda ahí, sino que avanza hacia la interiorización de valores al asumir que “las normas vigentes sólo adquieren fuerza motivadora de la acción en la medida en que los valores materializados en ellas representan patrones conforme a los cuales se interpretan las necesidades en el círculo de destinatarios de las normas, y que en los procesos de aprendizaje se hayan convertido en patrones de percepción de las propias necesidades”³²⁸.

Esta condición de actuar en función de valores y normas comunes se asienta en una expectativa generalizada de comportamiento, por la que los integrantes del grupo social “tienen derecho a esperar unos de otros que en determinadas situaciones se ejecuten u omitan”³²⁹ acciones que pueden ser obligatorias o prohibidas, con lo que el comportamiento descansa en “manifestaciones previstas de sentido”, las cuales deben ser comprensibles en su contexto.

En este tipo de acciones se hace referencia a normas en vez de a hechos, por lo que se plantea la pretensión del comportamiento correcto en relación con un contexto normativo reconocido como legítimo, lo que conduciría en el ámbito de la Administración Pública al actuar a la luz del Principio de Legalidad. El hecho de que el agente actúe de conformidad con las normas implica la distinción por parte de este de los componentes fácticos y normativos de su acción; así como de distinguir entre las condiciones, medios y los valores³³⁰; pudiendo adoptar los implicados una actitud objetivante frente a algo que es o una actitud de

³²⁷ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 127

³²⁸ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 129

³²⁹ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 123

³³⁰ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 130

conformidad o no conformidad normativa frente a algo que con razón o sin ella rige como obligatorio. Se puede aceptar o transigir la norma.

En este orden de ideas, la validez de la norma significa “el asentimiento de todos los afectados porque regula los problemas de acción en beneficio de todos”³³¹ y, subsiguientemente, su vigencia fáctica, donde la pretensión de validez se desenvuelve sobre la base del reconocimiento que de ella hacen los involucrados, constituyendo el sustento de la denominada validez social de la norma; disposición que comprende la relación entre norma y Derecho Subjetivo contenido en ella.

Cada tipo de norma, que sirve de guía a la acción orientada por normas, tiene su respectivo tipo de Derecho Subjetivo y de Expectativa, tema que también hemos explicitado cuando tratamos a Weber. Así, a las normas imperativas les corresponderá como Derecho Subjetivo el que un individuo pueda ordenar un determinado comportamiento y, como Expectativa, que otros observen una conducta determinada; a las normas prohibitivas les corresponderá como Derecho Subjetivo que el individuo tenga prohibido un determinado comportamiento y como Expectativa que se omita determinado proceder; y, las normas permisivas establecerán como Derecho Subjetivo que un individuo pueda permitir un determinado comportamiento y, como Expectativa, que no se estorbe una acción u omisión del derecho habiente, que no se bloquee su facultad³³².

De las normas citadas, las permisivas tienen repercusiones cualitativas en la esfera de disposición del individuo, así como en el desarrollo del orden económico, tanto en la forma, como en lo que a su extensión respecta. Las expectativas inherentes a ellas comprenden dos tipos de derechos: Por una parte, los llamados “derechos de libertad”, o sea el simple aseguramiento (dentro del ámbito de la conducta jurídicamente permitida) contra ciertas clases de molestias provenientes de terceros y también, especialmente, del aparato estatal (libertad de tránsito, de conciencia, de disposición de una cosa que se posee como propietario, etc.); y, por otra, los preceptos creadores de “facultades” que conceden a los individuos la facultad de regular automáticamente, dentro de ciertos límites y por medios de negocios jurídicos, sus relaciones recíprocas.

³³¹ Habermas, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 128

³³² Ver: Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 532

En el ámbito de los contratos administrativos, al ser una actividad reglada, estaríamos no sólo ante una acción Estratégica, sino ante una acción regulada por normas, donde las normas positivas otorgan facultades a los individuos y competencias a las Entidades y atribuciones a los funcionarios para efectuar el intercambio; correspondiendo al primero el ejercicio de su Libertad y, al segundo, el cumplimiento de las funciones asignadas por Ley.

CUARTA PARTE
DE LA PROYECCIÓN DE LOS
PARADIGMAS SOCIALES Y
TEÓRICOS EN LA CONFIGURACIÓN
DEL ESTADO Y ORGANIZACIÓN
ADMINISTRATIVA. LOS PARADIGMAS
Y EL PÉNDULO

CAPÍTULO ÚNICO
DEL PARADIGMA DEL ESTADO Y
ADMINISTRACIÓN LIBERAL AL
PARADIGMA DEL ESTADO Y
ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO
SOCIAL Y AL PARADIGMA DEL
CONSENSO DE WASHINGTON

I. ANTECEDENTES

La validez del orden social, así como de los paradigmas que hegemonizaron en las distintas fases de la modernidad, se exteriorizaron en el ámbito político y jurídico en diversas formas de Estado, organización administrativa y jurídica.

En cuanto a las formas de Estado que se gestaron podemos indicar, en términos generales, que desde la feudalidad y hasta finales del siglo XX, se transitó por los siguientes paradigmas estatales: Estado Feudal, Estado Absoluto, Estado Liberal, Estado Social y el Estado Neoliberal, producto de la instrumentalización del Consenso de Washington. Cada uno con su propio itinerario administrativo y de organización jurídica, cada quien utilizando el Derecho para organizar el Poder.

Por ello, en el presente Capítulo, y como síntesis del contexto histórico y teórico glosado precedentemente, expondremos los tipos de ideales de organización estatal, administrativa y jurídica que se produjeron en el período indicado. Así, al final podremos apreciar, desde una perspectiva de totalidad, el tránsito paradigmático que afectó a Occidente, con lo que estaremos en condiciones de articular este proceso al devenir de América Latina y el Perú, como paso previo a la contrastación de nuestras hipótesis.

I.1. El Estado y organización administrativa en el Paradigma Feudal

Al igual que Aristóteles, Santo Tomás de Aquino asumió que la coexistencia política es natural a la vida ser humano y a partir de ahí explicó la existencia del Estado indicando que su fundamento se encontraba “en la misma naturaleza social, racional y libre del hombre”³³³. Así, comprendía que Sociedad y Estado se ubicaban en la más íntima entraña del hombre, “el Estado constituye un producto de la naturaleza, no en el sentido de algo causado directamente por ella, sino de algo que hacen los hombres en virtud de los más hondos y consustanciales impulsos de su ser; y puesto que todo lo que es natural procede de Dios, el Estado... es obra divina”³³⁴.

Desde esta perspectiva entendía que el Estado abarcaba todos los fines humanos generados por la convivencia, “es una sociedad perfecta; se basta a sí misma y

³³³ Galán y Gutiérrez, Eustaquio. *La Filosofía Política de Santo Tomás de Aquino*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945. Pág. 9.

³³⁴ Galán y Gutiérrez, Eustaquio. *La Filosofía Política de Santo Tomás de Aquino*. Ob. Cit. Pág. 13.

satisface todas las necesidades del hombre. Por su esencia viene ordenado el Estado a forjar una vida buena y a facilitar a los hombres... cuanto les sea necesario para vivir”³³⁵. Santo Tomás no asumió una posición laica del Estado, sino que entendió que al estar el culto externo e interno de Dios bajo salvaguardia de la Ley natural, “incumben al Estado deberes religiosos”³³⁶.

En este orden de ideas, el Estado y la Sociedad exigen una autoridad encargada de procurar el bien común, que es la encargada de gobernar, siendo el Gobierno Monárquico la mejor forma de ejercer tal función, pero este a la vez, debe ser un gobierno querido por el pueblo, perspectiva que le otorga sentido democrático, pero también es aristocrático ya que consiente y reclama “que los hombres esclarecidos y destacados por su virtud y saber se pongan a la cabeza y al servicio de sus semejantes, dirigiéndolos”³³⁷. En su concepción, el poder total del Estado se concentra en una sola persona, que es la que ejerce el poder como representante de la comunidad.

1.2. El Estado Absolutista como Estado de Transición y su organización administrativa. La propuesta de Maquiavelo

Siguiendo el criterio establecido en la teoría de la transición que precedentemente hemos glosado, asumimos que el Estado Absolutista constituye el período de transición entre el Estado Feudal y el Estado Capitalista propiamente dicho³³⁸. El Estado Absolutista se configuró en el renacimiento, y tuvo en Maquiavelo a uno de los primeros teóricos que estructuró un discurso ideológico-paradigmático que estableció las bases de lo que sería la organización administrativa del mismo. En su obra “Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio”³³⁹, Maquiavelo planteaba que quien quiera organizar de nuevo una república “debe tener en cuenta si ha de ser dominadora y de creciente poderío... organizarla... lo mejor es ordenarla interiormente”³⁴⁰; la organización contribuye a la estabilidad y firmeza³⁴¹. En cuanto a la Administración del Estado indicaba que “si basta un solo hombre

³³⁵ Galán y Gutiérrez, Eustaquio. *La Filosofía Política de Santo Tomás de Aquino*. Ob. Cit. Pág. 24.

³³⁶ Galán y Gutiérrez, Eustaquio. *La Filosofía Política de Santo Tomás de Aquino*. Ob. Cit. Pág. 76.

³³⁷ Galán y Gutiérrez, Eustaquio. *La Filosofía Política de Santo Tomás de Aquino*. Ob. Cit. Pág. 9.

³³⁸ Ver: Poulantzas, Nicos. *Poder Político y Clases Sociales en el Estado Capitalista*. Cit. Pág. 197.

³³⁹ Maquiavelo, Nicolás. *Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio*. Obras Políticas. Editorial Ciencias Sociales. La Habana, Cuba. 1971. 373 Págs. Pp. 57 a la 300.

³⁴⁰ Maquiavelo, Nicolás. Obras Políticas. *Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio*. Ob. Cit. Pág. 72.

³⁴¹ Maquiavelo, Nicolás. Obras Políticas. *Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio*. Ob. Cit. Pág. 74.

para fundar y organizar un estado, no duraría éste mucho si el régimen establecido dependiera de un hombre solo, en vez de confiarlo al cuidado de muchos interesados en mantenerlo”³⁴².

Ya en su fase desarrollada, el Estado Absolutista tuvo las características siguientes³⁴³: el monarca concentraba el poder, el mismo que es incontrolable por las otras instituciones; no existía ley limitativa del ejercicio del poder, ni siquiera la ley divina, lo que contradecía el espíritu feudal; era un Estado fuertemente centralizado, fuente de todo poder político en el ámbito territorial en que ejercía dominio, sustento de la soberanía; se planteaba vínculos políticos con los súbditos; su origen se explicaba a partir de las teorías contractualistas del poder.

El Estado Liberal decimonónico surgió de la crítica a este sistema político, proceso en el que transitó de la explicación del poder a partir de lo social, de la conquista de la Libertad a la administración de ésta luego de concluidas las revoluciones burguesas y donde emergieron las teorías contractualistas del origen de la sociedad y del poder.

Tal como describe Maquiavelo, la Modernidad trajo consigo, respecto del Estado, además de la positivización del Derecho y el surgimiento de la dominación legal³⁴⁴, la “conglobación del poder administrativo”, lo que impuso la necesidad de una organización administrativa estatal de nuevo tipo creada por el Derecho; contexto en el que el poder del Estado sólo se estabilizaba institucionalmente mediante la organización de las administraciones públicas y la definición de la jerarquía de cargos³⁴⁵ a ella inherente.

En una primera etapa, la del Estado Absoluto, la Administración carecía de límites jurídicos por cuanto se estaba ante un régimen de tipo personal, donde el Estado se confundía con el Monarca, quien asumía todas las funciones estatales, tal como hemos precisado en el rubro precedente. Estábamos ante una Administración de tipo patrimonialista, que evolucionaría ante una de tipo Burocrático.

³⁴² Maquiavelo, Nicolás. Obras Políticas. *Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio*. Ob. Cit. Pág. 78.

³⁴³ Ver: Poulantzas, Nicos. Poder *Político y Clases Sociales en el Estado Capitalista*. Cit. Pág. 204.

³⁴⁴ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 205

³⁴⁵ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 201

Posteriormente, la Revolución Inglesa que abarcó el período comprendido entre 1642 y 1689, creó las bases políticas de una nueva forma de Gobierno Monárquico, con fuerte presencia del Parlamento, proceso político que después sería teorizado y presentado por Montesquieu como la División de Poderes³⁴⁶, propuesta que se consolidaría con el triunfo de la Revolución Francesa en 1879, la que marcó el final de esta etapa, y aperturó otra con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de sustento ius naturalista racional, y la instauración del Estado Liberal o Estado Burgués de Derecho.

En este contexto, el triunfo de los revolucionarios franceses implicó la emergencia de una nueva clase social, la que transitaba de clase económicamente dominante a clase políticamente dominante, así como el nacimiento del Derecho Administrativo y de la Administración Pública propiamente dicha. La instrumentalización de la teoría de la División de poderes requería una nueva forma de organización estatal³⁴⁷. El Estado Liberal nacía con la exigencia de una nueva Administración Pública y con la propuesta de un nuevo Paradigma Administrativo.

II. DEL PARADIGMA DEL ESTADO Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA LIBERAL AL PARADIGMA DEL ESTADO Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA SOCIAL

II.1. El Paradigma del Estado Liberal

Inicialmente, el impulso y ansias por la Libertad significaron que la sociedad aspirase a regirse por el libre albedrío, que significaba la ampliación de la Libertad y la minimización del rol del Estado.

Entre las ideas que animaban a este nuevo Estado tenemos al individualismo, donde se entendía que el Estado estaba al servicio del individuo, produciéndose con ello la separación entre Estado y sociedad civil; el abstencionismo, por el que se exigía que el Estado en su actividad y organización no limitara o bloqueara el accionar del individuo; la legalidad, por cuanto su organización y funcionamiento estaban regulados por la Constitución; de dimensión nacional, ya que se constituía

³⁴⁶ Ver: Libro XI del *Espíritu de las Leyes*. Montesquieu. Ediciones ORBIS S.A. Bs. As., 1984. Pág. 141-167

³⁴⁷ Dussan Hitscherich, Jorge. *El Estado Administrativo*. Tesis de Grado para optar el Título de Abogado. Bogotá, 1990.

en la organización política de la Nación y en la idea de representación por cuanto se entendía que el gobernante personificaba al colectivo nacional.

En este marco contencioso, el Paradigma del Estado Liberal se constituyó en “una doctrina del Estado limitado tanto con respecto a sus poderes como a sus funciones”, donde la limitación de poderes se representaba a través del Estado de Derecho, y la limitación de la función en el Estado mínimo³⁴⁸. Desde esta perspectiva, el Estado Liberal se afirmaba en la lucha contra el Estado Absoluto en defensa del Estado de Derecho y contra el Estado máximo en defensa del Estado mínimo³⁴⁹.

Pero también, este Estado fue producto del sistema económico que regulaba el proceso productivo a través del mercado, de modo descentralizado y apolítico, organizando las condiciones bajo las cuales los ciudadanos que competían entre sí y actuaban estratégicamente, soportaban el proceso productivo³⁵⁰. La realización de este sistema económico implicó la necesidad de garantizar el desarrollo del derecho privado burgués, del dinero como mecanismo de intercambio y la ejecución de infraestructura, constituyendo estos elementos premisas existenciales de un proceso económico; proceso que le permitió al Estado adquirir autonomía y especificación funcional³⁵¹ e imponer “la administración moderna frente a los ciudadanos y a grupos particulares”³⁵².

II.1.1. El Derecho Formal Burgués

En el Estado Liberal se configuró una estructura jurídica donde la dominación se organizó en forma de Derecho, cuyo ejercicio debía ser legítimo a fin de garantizar la amenaza y sanción en caso de incumplimiento. La legitimación se obtenía desde la forma democrática de la formación de la voluntad política y de las premisas relativas al ejercicio legal del poder político. En el ejercicio de la libertad se dejaba a

³⁴⁸ Bobbio, Norberto. *Liberalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económico. México, 1989. 114 Págs. Pág. 17.

³⁴⁹ Bobbio, Norberto. *Liberalismo y democracia*. Ob. Cit. México, 1989. Pág. 18.

³⁵⁰ Ver: Habermas, J. *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*. Taurus Ediciones- Santillana S.A. Madrid, 1992. 315 Págs. Pág. 255

³⁵¹ Habermas, J. *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*. Cit. Pág. 255

³⁵² Habermas, J. *La Reconstrucción del Materialismo Histórico*. Cit. Pág. 255

discreción de los sujetos “los motivos de su observancia de las reglas”, pero se imponía coercitivamente esa observancia³⁵³.

Paralelamente a este proceso, la sociedad se institucionalizó en términos del Derecho Privado, descansando sobre el derecho de propiedad y libertad contractual, permitiendo la “actuación espontánea de los mecanismos de mercado”³⁵⁴, a mérito de lo cual la sociedad terminaba organizándose a la medida de la autonomía de sujetos jurídicos que, como actores del mercado, buscaban su bienestar, el cual era hallado mediante la “persecución lo más racional posible de sus propios intereses”³⁵⁵, medio a través del cual se lograba satisfacer la expectativa de justicia social³⁵⁶. Así, este Derecho institucionalizó las acciones racionales con arreglo a fines³⁵⁷, dando por hecho igual distribución de libertades de acción.

El Estado Paradigma del Liberal presidió la civilización del Contrato, se planteaba la exigencia de que las leyes sean poco numerosas y absolutamente generales, haciendo descansar sobre ellas el orden social y la seguridad de los ciudadanos³⁵⁸. En este Paradigma la expectativa jurídica de los individuos consistía en el hecho de que la justicia social se alcanzaba “a través del deslinde de esferas de libertad individual”³⁵⁹ y en el entrelazamiento “del principio de libertad jurídica con el derecho general de igualdad”³⁶⁰, la misma que venía garantizada por las leyes. La justicia individualista garantiza la solidaridad social, mientras que la libertad de contrato garantiza la protección eficaz y justa de la norma³⁶¹. Se entendía que la libertad de acción podía estar limitada debido a las contingencias de la “situación social cuasi natural”³⁶² de los individuos.

Finalmente, se entendía que la garantía de igualdad de trato jurídico-material que se otorgaba mediante generalidad abstracta de las leyes brindaba las condiciones no discriminatorias para la efectiva puesta en práctica de las libertades.

II.1.2. La organización administrativa del Estado Liberal

³⁵³ Ver: Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 100

³⁵⁴ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 483

³⁵⁵ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 483

³⁵⁶ Ver: Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 490

³⁵⁷ Habermas, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Cit. Pág. 315

³⁵⁸ Burdeau, George. *El Liberalismo Político*. EUDEBA. Buenos Aires, 1983. 241 Págs. Pág. 113

³⁵⁹ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit., Pág. 483

³⁶⁰ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 484

³⁶¹ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 512

³⁶² Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 489

i. Dominación Legal, Mercado y Administración

La Dominación Legal y el Mercado se encuentran enlazados. Líneas arriba analizamos, desde la perspectiva de Weber y Habermas, la forma como el agente o agentes desenvuelven su actividad en el Mercado, transitando de una Acción racional con arreglo a fines o Teleológica, a la Acción Estratégica y a la acción regulada por normas. Proceso que se desarrolla en un contexto de Dominación Legal y Economía de Mercado y cuyo objetivo era garantizar, mediante la coacción, el logro de las Expectativas.

Por lo tanto, hasta aquí hemos comprendido a una de las partes de los contratos administrativos, al postor (agente, actor) que actúa, a mérito del contenido de sus derechos subjetivos, estratégicamente y en función de las normas existentes. Pero no falta la otra parte, el Estado y en concreto, la Administración que al igual que el agente, efectúa su actividad de contraparte en el Contrato Administrativo en el Mercado, siendo por ello un centro de interés generador de expectativas.

En relación a la Dominación Legal diremos que, al ser esta de orden público, se vincula al Derecho Público, el que es definido por Weber como “el conjunto de normas que, de acuerdo con el sentido atribuido a las mismas por el ordenamiento jurídico, rigen la actividad relativa al instituto estatal (...) a la conservación, desarrollo y ejecución (...) de los fines estatales estatuidos o “consensualmente” establecidos”³⁶³; normas que pueden crear derechos subjetivos públicos a favor de los individuos. Así, ante una Administración que jurídicamente aparece como portadora preeminente de poder, “con facultad de mando, encontramos un conjunto de personas que, de acuerdo con las normas del derecho, se encuentran sometidas al primero”³⁶⁴, pero que, a su vez, tienen atribuciones en ejercicio de las cuales puede actuar; relacionamiento en el que media el Cuadro Administrativo o la burocracia.

La Dominación Legal³⁶⁵ significa la “conglobación del poder administrativo” y la existencia de una organización administrativa estatal creada y regulada por el Derecho. El Estado se estabiliza e institucionaliza mediante la organización de las

³⁶³ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 498

³⁶⁴ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 499

³⁶⁵ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 205

administraciones públicas y la definición de la jerarquía de cargos³⁶⁶ a ella inherente. Inicialmente, la Administración tuvo un amplio margen de discrecionalidad, por cuanto las normas jurídicas contenían cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados; luego, esta Administración asumió tareas del legislador político y ejecutó sus propios programas, decidiendo por su propia cuenta cuestiones relativas a fundamentación y aplicación de normas³⁶⁷, situación que condujo a que esta quedara también sometida a la legalidad creada. No podía desvincularse de las normaciones propias del Estado de Derecho, por cuanto ello acarrearía consecuencias negativas para la propia Administración, ya que la obligaba a abandonar la neutralidad prevista en el esquema clásico de la división de poderes³⁶⁸. Por ello la seguridad jurídica se resolvía recurriendo al Derecho y no a factores extrajurídicos.

La complementariedad entre Administración, Economía y Mercado coincide con la eficacia de la actividad estatal y con la legitimidad y legalidad asegurada en términos de derecho formal³⁶⁹. Esta es la característica de la participación de la Administración en los contratos administrativos, es de actuar reglado; normativa que puede ser mayor o menor según el tipo de Paradigma Jurídico-Económico vigente, pero siempre será una actividad regulada. Tema que desarrollaremos seguidamente.

ii. Administración y Estado Liberal

En el Estado Liberal, la tarea de la Administración se refería a la labor clásica del mantenimiento del orden y la “domesticación de la soberanía estatal absolutista”. Ante el Absolutismo político y jurídico, la validez del Derecho se planteaba la necesidad “de organizar en forma de derecho legítimo el propio poder político, al que se recurre para imponer el Derecho (y para aplicar autoritativamente el Derecho) y al que el Derecho debe su positividad”³⁷⁰, con lo que el poder estatalmente organizado era presupuesto por el Derecho mismo, estableciendo sus formas jurídicas³⁷¹; perspectiva que se materializó en el Principio de Legalidad.

³⁶⁶ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 201

³⁶⁷ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 522

³⁶⁸ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 522

³⁶⁹ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 520

³⁷⁰ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 101

³⁷¹ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 101

El Poder Administrativo no podía desvincularse de las normaciones propias del Estado de Derecho, por cuanto ello acarrearía consecuencias negativas para la propia Administración, ya que la obligaba a abandonar la neutralidad prevista en el esquema clásico de la división de poderes³⁷². Por ello la seguridad jurídica se resolvía recurriendo al Derecho y no a factores extrajurídicos.

La complementariedad entre Administración y sociedad económica liberal coincidía con la eficacia de la actividad estatal y con la legitimidad asegurada en términos de Derecho formal³⁷³. El Estado de Derecho permite el equilibrio entre los tres poderes que logran la integración social: el dinero, el poder administrativo y la solidaridad³⁷⁴, lo que se expresaba en el Estado Mínimo.

iii. Interés, Intercambio, Mercado y la realización de los contratos

Pero a la vez, la naturaleza ha dotado al hombre del deseo de bienestar y conservación de la sociedad, “de una inmediata e instintiva aprobación de la aplicación precisa que sea más adecuada para alcanzarlo”³⁷⁵, deseo, simpatía y aprobación que constituyen el sustrato del interés. Para la consecución de tal fin, el hombre se encuentra dotado de instintos primarios e inmediatos, los mismos que le permiten establecer el medio adecuado para el logro del fin³⁷⁶.

En este contexto, se asume que el hombre tiene una propensión natural a “permutar, cambiar y negociar una cosa por otra”³⁷⁷, no sólo porque es la base de su sobrevivencia, sino porque es un “principio innato en la naturaleza humana”³⁷⁸, por lo que al ser el fin la sobrevivencia, el cambio es el medio para alcanzar y mantener la existencia de la especie; siendo esta facultad de cambiar la que genera la división de trabajo. Asimismo, Smith indica que la amplitud del intercambio se encuentra directamente relacionada con la extensión del mercado³⁷⁹.

³⁷² Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 522

³⁷³ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 520

³⁷⁴ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 217

³⁷⁵ Smith, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Cit. Pág. 77

³⁷⁶ Smith, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Cit. Pág. 77

³⁷⁷ Smith, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Cit. Pág. 16

³⁷⁸ Smith, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Cit. Pág. 16

³⁷⁹ Smith, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Cit. Pág. 20.

Así, en este proceso de intercambio el hombre busca interesar a su favor “el egoísmo de los otros”, “haciéndoles ver que es ventajoso para ellos hacer los que les pide. Quien propone a otro un trato le está haciendo una de esas proposiciones... la mayor parte de sus necesidades eventuales se remedian de la misma manera que las de otras personas, por trato, cambio o compra”³⁸⁰; pero en la realización del intercambio, que parte de un interés particular para resolver un problema y obtener un beneficio particular, se atiende el interés general³⁸¹. Actividad en la que el actor es el individuo que participa en el Mercado, pudiendo ser persona natural o persona jurídica, no correspondiendo al legislador o gobernante interferir en el intercambio.

Sobre la base de la existencia de las percepciones primarias; las reglas generales generadas en la experiencia existencial diaria; la simpatía; la aprobación y el interés; y el intercambio como medio para realizar el interés particular y social sin intervención del gobernante o del legislador, sino bajo la guía de la mano invisible, se establecen las condiciones para la realización de los contratos.

II.1.3. La crisis del Paradigma del Estado Liberal

El final del siglo XIX trajo consigo el ocaso del Paradigma del Estado Liberal, el mismo que había devenido en incapaz de resolver los problemas sociales y económicos que generaba el mercado. La exclusión, la marginación, la ausencia de derechos para quienes participaban en el Mercado en condiciones de inferioridad, fueron creando las bases para su cuestionamiento desde distintas esferas y el surgimiento de un nuevo Paradigma, que trató de paliar el costo asumido por los sectores obreros en el tránsito hacia la sociedad industrial.

III. EL PARADIGMA DEL ESTADO SOCIAL

El Estado Social es heredero y negación del Estado Liberal. Nació en el siglo XX de las limitaciones y críticas que se hicieron a este durante el siglo XIX. Como antecedente se puede tener el Régimen de Bismarck y la concepción estatal

³⁸⁰ “Ninguno se propone, por lo general promover el interés público ni sabe hasta qué punto lo promueve (...) únicamente considera su seguridad, y cuando dirige la primera de tal forma que su producto represente el mayor valor posible, sólo piensa en su ganancia propia; pero en este, como en muchos otros casos, es conducido por una mano invisible a promover un fin que no entraba en sus intenciones ... al perseguir su propio interés, promueve el de la sociedad de una manera más efectiva que si esto entrara en sus designios”. Smith, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Cit. Pág.17.

³⁸¹ Smith, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Cit. Pág.402.

hegeliana, todas ellas enmarcadas en la transformación del sistema capitalista hacia una sociedad industrial.

Las críticas efectuadas al Paradigma Liberal en órdenes como el político, social y económico, permitieron la emergencia de un Paradigma distinto, que involucraba más a lo social, al colectivo y a la solución de sus necesidades existenciales.

Ante el individualismo excluyente se buscaba garantizar a cada uno de los individuos conformantes de la sociedad una “base material para una existencia humana digna” en el marco de una sociedad “centrada en una economía articulada en términos de capitalismo industrial”, compuesta de ámbitos de acción funcionalmente especificados, decisión a mérito de la cual se generaba la expectativa de que las contingencias que se pudieran suscitar podían ser domadas normativamente utilizando el poder administrativo³⁸². Por ello consideraba que dejar a la sociedad a merced de mecanismos autorreguladores conducía a la irracionalidad y que sólo el Estado era capaz de neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado.

A diferencia del Estado Liberal que planteaba el Estado mínimo, el Estado Social se planteó como objetivo establecer las bases económicas y sociales para que el individuo, desde unos mínimos garantizados por aquél, pueda desenvolverse, por cuanto se entendía que el hombre desarrollaba su existencia dentro de un ámbito constituido por un conjunto de situaciones y de bienes y servicios materiales e inmateriales, en una palabra, por unas posibilidades de existencia que eran consideradas como el espacio vital.

Los derechos a recibir prestaciones sociales se explicaban a partir de las condiciones generadas por la sociedad industrial, donde la libertad fáctica de un gran número de portadores de derechos fundamentales no tenía sustrato material en un “ámbito de la vida que ellos sean capaces de controlar” sino en un ámbito que esencialmente dependía de las actividades del Estado³⁸³ y de su administración. El Estado Social no pretendió negar los *valores* y *finés* enarbolados por el Estado Liberal, como la libertad y la igualdad del individuo, al

³⁸² Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 487

³⁸³ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 485

contrario, los asumía y trataba de hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro.

III.1. El Derecho en el Estado Social

En este Paradigma, el Estado pasó a ser actor económico y, a la vez, garante de la protección social, lo que condujo a la regulación de la economía y a la promulgación de los derechos sociales en las Constituciones³⁸⁴. Así se reguló, entre muchos otros ámbitos, el Mercado, los salarios, las inversiones, el comercio internacional. Se asistió a la juridificación de la vida social.

A diferencia del Paradigma Liberal, donde la concepción del Estado mínimo dejaba todo al libre actuar de los agentes, en el Estado Social nada se dejaba a la discrecionalidad de los actores. Lo social implicaba la intervención estatal en la sociedad y en la economía para alcanzar los objetivos de igualdad y justicia. El orden jurídico que se configuró estableció la vinculación social del Derecho a la propiedad y a la “intervención judicial en el contenido del contrato y en la conclusión del contrato “en la perspectiva “de compensar las asimetrías en las posiciones económicas del poder”³⁸⁵; perspectiva que se justificaba en el principio de iguales oportunidades en el ejercicio de las libertades jurídicas, trascendiendo las limitaciones y fracasos del Mercado.

Desde esta perspectiva se estableció la diferenciación e interacción entre Derecho Privado y Derechos Sociales. En el ámbito del Derecho Privado se buscaba establecer con precisión el contenido objetivo de los derechos subjetivos a él inherentes, el derecho a iguales libertades subjetivas se especificaba en normas de Derecho Privado, pero a la vez se introducía la categoría de Derechos Sociales, los cuales debían fundar las pretensiones de recibir “prestaciones que representasen una distribución más justa de la riqueza socialmente producida”³⁸⁶.

³⁸⁴ Como ejemplo de este proceso podemos mencionar a la Constitución de Querétaro y a la Constitución de Waimar.

³⁸⁵ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 487

³⁸⁶ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 485

Esta nueva perspectiva condujo a la aparición de más deberes positivos de hacer prestaciones junto a los derechos negativos cuya función es defenderse de intervenciones³⁸⁷, a lo que se agregó el efecto ambivalente de los Derechos Sociales, por cuanto estos fortalecían “una configuración de la propia vida en el marco de una autonomía privada en la medida en que los sujetos dotados de esos derechos no sólo queden en situación de gozar de unas prestaciones otorgadas en términos paternalistas, sino que ellos mismos se impliquen en la interpretación de los criterios conforme a los que ha de establecerse la libertad jurídica en vista de las desigualdades fácticas”³⁸⁸.

III.2. El Paradigma de la Administración Pública del Estado Social

La crisis del Paradigma del Estado Liberal y la crítica ulterior de la que fue objeto, permitió el surgimiento de un nuevo paradigma estatal que tuvo su correlato en el ámbito administrativo.

En el Estado Social se produce una reacción a la amplia discrecionalidad de las burocracias, la misma que consistió “en incrustar formas de participación y estructuras de discurso en el proceso de toma de decisiones de la Administración misma, con el fin de evitar el riesgo de una impermisible autoprogramación de la Administración”³⁸⁹. Así, la Administración Pública devino en interventora, y se asentó en la actividad configuradora del Estado respecto de la sociedad, desenvolviéndose sobre la base de factores como el dinero y las obras de infraestructura que también se valorizaban y valorizan como dinero, apoyándose con ello en una base monetaria ampliada, en la información y conocimiento de los expertos; actividad que articuló el protagonismo estatal con la economía.

El Estado interviene y dirige la economía en la perspectiva de alcanzar un desarrollo equilibrado, mientras que el Derecho Administrativo que produce se orienta hacia el servicio público, correspondiendo a los funcionarios públicos imponer la nueva forma de administración; contexto en el cual se amplía la regulación al interior del Estado, para regular sus actividades sobre la base de la consecución de los objetivos planteados por la planificación, y se incrementa la Burocracia.

³⁸⁷ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 512

³⁸⁸ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 513

³⁸⁹ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 260

Al final, lo que nos dejó el Estado Social o intervencionista es una Administración Pública compleja, excesivamente regulada y burocratizada, y con vocación asistencialista.

III.3. La Libertad de contratación. Contratos y Mercado. Las Expectativas y las normas permisivas

Weber indica que la peculiaridad material de la vida jurídica moderna, especialmente la privada es “la enorme importancia adquirida por el negocio jurídico y, sobre todo, por **el contrato, como fuente de pretensiones coactivamente garantizadas** (...) la forma actual de “socialización” puede designarse (...) con el nombre de “contrato”³⁹⁰. Para él, la amplitud de la libertad de contratación se encuentra en relación directa con la extensión que cada ordenamiento jurídico concede a dicho arbitrio, por lo tanto estamos ante un Derecho Subjetivo que se realiza en relación con el Derecho Positivo. Seguidamente, establece la relación entre volumen de libertad contractual, contenido de los negocios jurídicos garantizados como válidos por el poder coactivo y el desarrollo de mercado, indicando que “la relativa importancia de las normas que autorizan esos “poderes” de disposición dentro de la totalidad de un ordenamiento, cualquiera son... una función del desarrollo del mercado”³⁹¹.

Refiriéndose al caso de una **economía cerrada**, propia del Estado Social y la circunstancia por la que en ella atraviesa el mercado, indica que ahí “el derecho desempeña, en un grado más alto, la función de limitar exteriormente, por medio de preceptos imperativos o prohibitivos, las situaciones en que los individuos han nacido, se han educado, o se encuentran colocados a consecuencia de acontecimientos que no son puramente económicos, estructurándolos en un complejo de relaciones jurídicas y asignando de este modo a las personas una esfera de libertad “congénita” o determinada por factores de índole extraeconómica. “Libertad”, en sentido jurídico, significa tener derechos, actuales y potenciales. Ahora bien en una comunidad sin mercado, esos derechos no derivan, de manera principal, de los “negocios jurídicos” que los individuos

³⁹⁰ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 534

³⁹¹ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 533

celebran, sino directamente de los preceptos imperativos o prohibitivos del derecho objetivo”³⁹².

Por su parte, en una ***economía de mercado***, propia del Estado Liberal, donde prevalece el Derecho “el cambio es... un “negocio jurídico”: adquisición, cesión, renuncia, cumplimiento de pretensiones jurídicas. Estas posibilidades se diversifican y aumentan cada vez que el mercado se ensancha”³⁹³. En cuanto a la libertad de contratar indica que esta no es ilimitada en ningún sistema jurídico, en el sentido de que el derecho conceda la garantía de la coacción a cualquier convenio. Lo característico de cada orden jurídico depende más bien de la amplitud que tenga esa concesión. En tal respecto es decisiva, de acuerdo con la estructura económica, la influencia de muy diversos interesados, “Cuando el mercado gana en amplitud, tal influjo proviene, principalmente, de los que en él intervienen. Su influencia determina, sobre todo, la índole de los negocios regulados por el derecho a través de normas creadoras de facultades jurídicas”³⁹⁴. Weber establece la relación entre libertad contractual y coacción indicando, respecto de la relativa postergación de la amenaza de coacción por medio de normas imperativas y prohibitivas, debido a la creciente significación de la “libertad contractual” especialmente concedida por normas facultativas que dejan todo a la libertad “convencional”, que, efectivamente, desde el punto de vista formal se trata efectivamente de una disminución de la coacción, pero que esta “es sólo en beneficio de aquellos que desde el punto de vista económico se encuentran en la posibilidad de hacer uso de tales autorizaciones jurídicas”. Los términos en que se da la suma total de “libertad” se incrementa en una determinada comunidad “es cuestión que exclusivamente depende del ordenamiento económico de que se trate en cada caso concreto y en especial de la forma de la repartición de la riqueza, pero no una cuestión que quepa resolver en función del contenido del derecho”³⁹⁵, por cuanto el orden jurídico que “garantiza y ofrece tantos “derechos de libertad” y tantas “facultades jurídicas” y contiene todavía tan pocas normas preceptivas y prohibitivas, puede por esto producir en la práctica un

³⁹² Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 533

³⁹³ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 533

³⁹⁴ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 533

³⁹⁵ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 586

acrecentamiento cuantitativo y cualitativo muy importante, no sólo de la coacción misma, sino del carácter autoritario de los poderes coactivos”³⁹⁶.

III.4. Crítica al Estado y Administración del Estado Social

Al dedicarse la Administración del Estado Social a tareas de regulación-control políticos, actuaba cubriendo los distintos campos de la vida social en la perspectiva de asegurar un futuro mejor, más equitativo, afectando con sus intervenciones a las relaciones de los ciudadanos y de los grupos sociales entre sí³⁹⁷. Esta intervención hegemónica de la Administración, vía el ejercicio de las facultades de control y regulación social, condujo a la insensibilidad de las burocracias estatales “frente a las restricciones que sus actuaciones suponían para la autodeterminación individual de sus clientes”³⁹⁸, estableciéndose con ello una competencia entre los actores estatales y los actores sometidos a la dominación del Estado, generándose un conflicto por el dominio de los ámbitos de acción. En la medida que el Estado se convertía en actor hegemónico, se sacrificaba la posición autónoma de los actores individuales. El Estado crecía en detrimento de la autonomía privada “el aumento de competencias de los unos significa una pérdida de competencias de los otros”³⁹⁹. Como consecuencia de esta relación, los sujetos de Derecho Privado colisionaron “con los procedimientos y métodos paternalistas de una voluntad política superior que, bien sea controlando, bien sea configurando ámbitos y situaciones, penetra en esa red de contingencias sociales con el fin de garantizar la igual distribución de las libertades subjetivas de acción”⁴⁰⁰.

Así, el Estado Social terminó teniendo como problema de legitimación la ineficiencia de las operaciones de control o regulación estatal, pero, sustancialmente el de la perturbación de la génesis democrática del Derecho. Esta sociedad al complejizarse debido al proceso de desarrollo inherente a ella, convirtió a los actores en clientes de los diversos subsistemas que la componen, poniendo en peligro, en razón de los procedimientos que se establecieron en la relación Estado – Ciudadano, la autonomía de los sujetos; con lo que la ansiada igualdad corría el riesgo de colapsar.

³⁹⁶ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Cit. Pág. 588

³⁹⁷ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Pág. 516

³⁹⁸ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Pág. 471

³⁹⁹ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Pág. 488

⁴⁰⁰ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Pág. 488-489

La cantidad de las políticas implementadas por el Estado Social condujo, como hemos indicado, a la excesiva juridificación de la vida, a la sobrecarga del Derecho, pero además, a la vulneración de las condiciones procedimentales de la producción legítima de Derecho, del procedimiento democrático de la configuración políticamente autónoma del sistema de los derechos. Este actuar se explica a partir del hecho de que en la ejecución de las políticas los criterios de legitimidad de la regulación jurídica fueron sustituidos “por los criterios de efectividad conforme a los que se mide el empleo de poder político” lo que crecía a medida que crecían las tareas estatales por cuanto “desde el punto de vista de un sistema administrativo autonomizado, el derecho, instrumentalizado para objetivos políticos, degenera en un medio más entre otros para resolver los problemas de integración funcional, y sólo éstos ... «La formación política *legítima* de la opinión y la voluntad, así como la imposición *eficiente* de los programas políticos, son entendidas como dos condiciones no heterogéneas de la posibilidad de conseguir con éxito cambios estructurales sociales mediante la planificación política»”⁴⁰¹.

Como consecuencia de ello, la práctica administrativa generó incertidumbre respecto de su actuar, no siendo predecible, ni predeterminada normativamente de forma concluyente, lo que condujo al surgimiento de “leyes-medida, leyes experimentales de vigencia limitada en el tiempo y leyes con las que se pretende dirigir y controlar, pero sin certidumbre sobre los resultados que se buscan y, por tanto, sin consecuencias jurídicas claras; y la penetración en el lenguaje del legislador de remisiones que semejan una carta blanca, de cláusulas generales y en general de conceptos jurídicos indeterminados, ha provocado esa discusión sobre la «indeterminación del derecho»”⁴⁰².

IV. EL PARADIGMA DEL CONSENSO DE WASHINGTON. EL NEOLIBERALISMO. LA VUELTA DEL PÉNDULO

La crisis del Estado Social condujo a plantear el retorno a las políticas liberales, era la vuelta al péndulo, pero en un escenario de Globalización. Así, se propuso unificar los criterios del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional,

⁴⁰¹ Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Pág. 513

⁴⁰² Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Cit. Pág. 516

respecto de las políticas de ajuste estructural que dictaban a los entes económicos de los países periféricos. En este contexto, a fines de la década de los ochentas se reunieron en la ciudad de Washington, Estados Unidos, un conjunto de ministros de economía y funcionarios de organismos financieros internacionales, a fin de establecer los lineamientos de una nueva política económica, lo que en el fondo significaba el retorno de un viejo Paradigma.

El Consenso de Washington trabajó 10 puntos sobre los cuales se reestructuró la economía y el Estado, los mismos que eran los siguientes: Asegurar la disciplina fiscal; establecer prioridades del gasto público; incrementar el ingreso fiscal; liberalizar las tasas de interés; establecer un régimen flexible para el tipo de cambio; liberalizar el comercio exterior; liberalizar los flujos de inversión extranjera; privatización de empresas estatales; desregular para promover la competencia; y garantizar los derechos de propiedad.

La tesis central de la propuesta era retornar al mercado, eliminando las distorsiones generadas por el Estado Social, reduciendo a la vez el aparato estatal, la burocracia y la excesiva regulación. Al igual que en la etapa del Liberalismo, se planteaba que el mercado, el individuo y la empresa privada serían los factores determinantes en la solución a los problemas de justicia social. En el proceso de implementación de este Paradigma, que constituye un período de transición, es que se genera el desencuentro de los paradigmas y mentalidades sociales.

QUINTA PARTE
EL DESENVOLVIMIENTO DE LOS
PARADIGMAS DE EUROPA
OCCIDENTAL EN AMÉRICA LATINA Y
EL PERÚ DESDE LA INDEPENDENCIA
HASTA FINALES DEL SIGLO XX

CAPÍTULO I

EL DESENVOLVIMIENTO DE LOS PARADIGMAS DE EUROPA OCCIDENTAL EN AMÉRICA LATINA

I. LA MODERNIDAD Y PARADIGMAS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS EN AMÉRICA LATINA

El marco histórico y teórico expuesto en la primera parte de esta investigación nos ubica ante la emergencia, en la misma época, de dos modernidades en Occidente, donde la singular decisión española se explica, en lo sustancial, por el Descubrimiento de América, que se convirtió no sólo en el lugar de donde extraían riquezas de todo tipo, sino también, y por tres siglos, en recipiendaria de la reflexión paradigmática hispana, con la peculiaridad de que en ella se articularon la teoría y la práctica. La concepción escolástica cuando fue redefinida se aplicó en las nuevas tierras, en los ámbitos políticos, jurídicos, económicos y administrativos. La relación fue tan vital que, tal como demostramos en el Capítulo precedente, a pesar de las reformas borbónicas, de la gesta de la independencia y de la instauración de las nacientes repúblicas, la organización y espíritu colonial siguieron vigentes por muchos años más, constituyéndose en el espíritu del pasado que se resistió a irse, en especial en países que fueron centro del poder colonial. Siendo esta la idea que anima nuestra investigación y que constituye una de las hipótesis para explicar el desencuentro de paradigmas.

I.1. Los paradigmas políticos y económicos desde la Independencia hasta finales del siglo XIX

La historia de América Latina, y de Iberoamérica en particular, se inició en el siglo XVI español⁴⁰³. España trasladó al nuevo mundo sus visiones del pasado y futuro. Las ideas que hegemonizaron en la Península Ibérica también lo fueron en estos lares, situación a la que se le debe agregar el hecho de que quienes lideraron los procesos de independencia se educaron en universidades españolas y coloniales, donde la filosofía escolástica⁴⁰⁴ era la perspectiva teórica explicadora.

⁴⁰³ Ver: Stoetzer, O. Carlos. *El Pensamiento Político en la América Española durante el periodo de la Emancipación (1789-1825)* Vol. I. Cit. Pág. 7.

⁴⁰⁴ "Mariano Moreno, José Matías Delgado, Cornelio Saavedra y Manuel Belgrano, en Río de La Plata; Hidalgo, Morelos y Abad y Queipo, en la Nueva España...; Pedro Vicente Cañete, en el Alto Perú; Ignacio Tenorio, en Quito; Camilo Torres, en Nueva Granada, y Fernando Peñalver, en Venezuela. Sus ideas vinieron de Salamanca, no de París, Londres o Ginebra (...) Los generales como Bolívar, San Martín, Santander, O'Higgins, a pesar de su lenguaje revolucionario y de sus gestos napoleónicos fueron tan típicamente hispánicos que no podrían ser tomados por cualquier otra cosa. Sus personalidades, sus actos y sus fundamentos intelectuales son inconcebibles en un ambiente que no fuera hispánico" Stoetzer, O. Carlos. *El Pensamiento Político en la América Española durante el periodo de la Emancipación (1789-1825)* Vol. I. Cit. Pág. 164.

"Bolívar, San Martín, Iturbide de un modo o de otro, imitaron a Napoleón (...) también (...) José de la Riva Agüero (...) o Bernardo O'Higgins". Stoetzer, O. Carlos. *El Pensamiento Político en la América Española durante el periodo de la Emancipación (1789-1825)* Vol. II. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966. Pág. 70.

Pero España no fue ajena a la ilustración, ni al pensamiento liberal de Europa Continental e Insular, por cuanto en época de los Borbones también la procesó, habiéndola proyectado hacia las colonias. Así tenemos que en México ya se discutía las ideas de Newton, mientras que en el Perú el Virrey Manuel Amat y Juniet, haciéndose eco de la política ilustrada del rey Carlos III, dispuso que en los colegios y universidades cuando menos un autor moderno fuese enseñado⁴⁰⁵, con lo que se divulgó en el Mercurio Peruano el pensamiento de John Locke, Juan Jacobo Rosseau y Jeremías Bentham, difusión que estuvo a cargo de José Baquijano, Conde de Vista Florida, Pablo de Olavide y Manuel de Lorenzo y Vidaurre⁴⁰⁶.

Como era de esperarse, al ser ajena a la realidad y el devenir de América Latina, pero especialmente a la formación intelectual de quienes las difundían, las nuevas ideas se recepcionaron como un cuerpo teórico constituido por un conjunto de verdades compendiadas y de prescripciones prácticas. Esta ajenidad fue también su limitación, por cuanto al haberse configurado en un escenario distinto al que se iban a aplicar como era el mundo colonial y post colonial, el desencuentro entre las doctrinas recibidas y la realidad, y entre aquellas y las doctrinas que circulaban en el mundo colonial⁴⁰⁷ como la escolástica, no se hizo esperar.

Esta nueva perspectiva afectó un mundo coherente, “propio de quienes habían vivido mucho tiempo incomunicados del mundo mercantil, ámbito de las nuevas ideas”⁴⁰⁸. Iberoamérica se confrontaba a una modernidad que no había procesado ni la España de los Habsburgo y que los Borbones habían incorporado parcialmente. Con estas ideas girando en las mentalidades colectivas de las clases dirigentes y caudillos, y la falta de hegemonía⁴⁰⁹ de una u otra concepción

⁴⁰⁵ Cardiel Reyes, Raúl. *Los filósofos modernos en la Independencia Americana*. Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Autónoma de México, México, 1964. 306 Págs. Pág. 28.

⁴⁰⁶ Stoetzer, O. Carlos. *El Pensamiento Político en la América Española durante el período de la Emancipación (1789-1825) Vol. II*. Cit. Pág.119. Este autor cita en la Página 122 que “ Bentham envió copia de su propuesta de codificación al General San Martín, cuando este último estuvo en Lima, conjuntamente con el Consejo de que debiera establecer inmediatamente un gobierno y constitución liberales”.

⁴⁰⁷ Romero, J.L.; Romero, L.A. *Pensamiento Político de la Emancipación*. Biblioteca Ayacucho. Volumen XXIII. Caracas, Venezuela, 1977. Prólogo. Pág. XIV.

⁴⁰⁸ Romero, J.L.; Romero, L.A. *Pensamiento Político de la Emancipación*. Ob. Cit. Pág. XVI.

⁴⁰⁹ “ninguna versión de cualquiera de ellas y ninguna mezcla de las dos podía ofrecer una ideología “hegemónica” que encontrara aceptación, o siquiera aquiescencia pasiva, en sociedades cuyas identidades nacionales eran improvisadas, cuya articulación interna era invertebrada, donde ningún poder soberano estaba legitimado, y eran recibidas en forma menos crítica, y por lo tanto dictaban una cierta mezcla de concesión externa y liberalización interna”. Morse, Richard. *El Espejo de Próspero*. Cit. Pág. 99.

debido al contradictorio proceso de apertura y cambio que significaba el desencuentro entre el Paradigma de la Modernidad Occidental y el de la tradición colonial-escolástica, la Independencia devino en la mayoría de los casos en conflictos anárquicos al interior de las nuevas repúblicas.

La consecuencia fue, además de la anarquía, el hecho de que el proceso de Independencia no logró determinar la forma de gobierno de las naciones emergentes. Se aceptaban las constituciones políticas, pero se discutía sobre los objetivos de las mismas, donde algunos preferían la monarquía y otros la república, pero en estos mismos grupos había divisiones. Los monárquicos liberales pensaban que una constitución liberal sería lo mejor para sus países, mientras los conservadores preferían una Carta fundamental que restringiera la representatividad y mantuviera sus privilegios. Estas dos facciones monárquicas coincidían en que la existencia de un Jefe Ejecutivo hereditario, que sea un Rey, tenía un efecto estabilizador. Los republicanos, por su parte, compartían el rechazo del régimen monárquico, pero aparte de esto poco tenían en común unos con otros. Los republicanos liberales deseaban una constitución liberal, mientras que los republicanos conservadores preferían una carta que reflejara sus opiniones. Los dirigentes de las nuevas naciones se dividían además en federalistas y centralistas⁴¹⁰. En estas condiciones el Paradigma Liberal, ajeno a la cultura política, no viabilizó la democracia al estilo Occidental, es más, liberalismo y democracia “no interactuaron directamente sino que fueron asimilados en forma independiente, y en realidad intermitente, a una cultura política que ambos podían afectar pero ninguno podía suplantar (...) el liberalismo, importación problemática desde el principio, difícilmente podía florecer en un clima no liberal”⁴¹¹.

Estas contradicciones que exteriorizaban el desencuentro de paradigmas, dejaron su lugar a la coexistencia redefinida de estas visiones de organización del poder y de la sociedad. Así, ante la ineficacia del liberalismo surgieron las formas autoritarias, para luego volver las formas liberales con lo que el péndulo comenzó

⁴¹⁰ Rodríguez O., Jaime E. *El Nacimiento de Hispanoamérica*. Vicente Rocafuerte y el hispanoamericanismo, 1808-1832. Fondo de Cultura Económica. México, 1980. Pág. 73.

⁴¹¹ Morse, Richard. *El Espejo de Próspero*. Cit. Pág. 113, 116.

a moverse en un escenario político siempre turbulento, donde algunas países alcanzaron más pronto que otros la estabilidad política, mientras que existieron aquellos que hicieron de la inestabilidad su vida cotidiana y tragedia nacional. Los años y siglos posteriores siguieron este derrotero.

I.1.1. El Estado Oligárquico Latinoamericano

Por ello, es historia común a los países de Iberoamérica, que durante las guerras de independencia los ejércitos libertadores liquidaran las instituciones coloniales, generando con ello un vacío de poder por no haber establecido instituciones nuevas que las sustituyeran. Así, las estructuras coloniales se fracturaron y el orden se militarizó. Por un lado existían los bolivarianos que desde una visión continentalista se ponían por encima de la temática nacional; por el otro emergió la aristocracia criolla que ocupó el espacio dejado por la aristocracia colonial y que trató de llenar el vacío dejado por los ejércitos, “garantizando al mismo tiempo la “continuidad social” en lugar de una ruptura radical con las formas tradicionales de poder y sus correspondientes bases sociales”⁴¹².

Tal como hemos indicado, ante la inestabilidad en la esfera política se ingresó a la búsqueda de transacciones, más que de hegemonía, decisión que supuestamente debía permitir procesar el encuentro de ambos paradigmas, el europeo continental e insular con el ibérico. La transacción fue la coexistencia del pensamiento Liberal y del Autoritario, donde ambos se unían en conceptos y disentían en contenidos. El pensamiento liberal que buscaba su adaptación a las circunstancias locales podía significar distintas cosas para distintos grupos e intereses, pero conceptualmente siempre implicaba cambios sociales en el marco de un movimiento liberal de mayor alcance; propuesta a la que se le oponía el pensamiento autoritario, centralizante y heredero del pensamiento colonial, donde las tradiciones patrimoniales y corporativas tenían mayor vigencia que las capitalistas que animaban al liberalismo y que eran de reciente data para los estados emergentes⁴¹³.

⁴¹² Kossok, Manfred. Revolución. *Estado y Nación en la Independencia*. En: *Problemas de la formación del Estado y de la nación en Hispanoamérica*. Editado por: Buisson, Inge; Kahle, Gunter; y otros. Internationes. Bonn, 1984. Pág. 166.

⁴¹³ Ver: Di Tella, Torcuato S. *Autoridad y Liberalismo en la tradición política latinoamericana*. En: *Transición a la democracia en América Latina*. Orrego Vicuña, Francisco (Compilador). Grupo Editor Latinoamericano S.R.L., Bs. As.-Argentina, 1985.

La consecuencia política fue el denominado Estado Oligárquico, el mismo que tendría vigencia efectiva desde la Independencia hasta la gran crisis del capitalismo de 1929. Esta forma de Estado descansó en la dominación patrimonial y de castas, donde las oligarquías constituían “organizaciones, técnicas y estilos políticos característicos de una época en que los partidos no eran sino organizaciones formales”⁴¹⁴ que se imponían a otros sectores de la sociedad como indios, negros, mulatos, mestizos, chinos, blancos pobres, etc.

En cuanto a la forma política, esta oligarquía combinó constituciones de inspiración liberal (división de los tres poderes, elecciones, etc.) con las prácticas y los valores de tipo patrimonial polarizado entorno al cacique, patrón, gamonal, coronel o caudillo. El poder era ejercido por un sistema de “caciquismo” en el que la cúspide la pirámide estaba ocupada por el “gran cacique”⁴¹⁵ que era el Presidente o cualquier tipo de líder, convertido en un oligarca de dimensión nacional, que en última instancia reproducía y proyectaba la imagen del hacendado en esa dimensión.

La organización política se articulaba a la producción, siendo que se gobernaba de acuerdo a las condiciones y exigencias políticas y sociales existentes y vinculadas a las actividades productivas predominantes, y donde el divorcio entre sociedad y economía primario exportadora era conciliado “por gobiernos fuertes, dictatoriales, “legitimando” la violencia como técnica política de dominación. El objetivo era preservar las relaciones de dependencia y controlar las fuerzas políticas emergentes en los centros urbanos en expansión”⁴¹⁶, por ello, el Estado Oligárquico constituyó una forma de Estado capitalista “en el que se combinan elementos patrimoniales con las exigencias de la “racionalidad” capitalista”⁴¹⁷, los llamados estados oligárquicos tenían vocación liberal en el marco de una economía primario exportadora⁴¹⁸.

⁴¹⁴ Ianni, Octavio. *La formación de estado populista en América Latina*. Ediciones Era S.A. México, 1975. 177 Págs. Pág. 70.

⁴¹⁵ Ianni, Octavio. *La formación de estado populista en América Latina*. Ob. Cit. Pág. 79.

⁴¹⁶ Ianni, Octavio. *La formación de estado populista en América Latina*. Ob. Cit. Pág.74.

⁴¹⁷ Ianni, Octavio. *La formación de estado populista en América Latina*. Ob. Cit. Pág.80.

⁴¹⁸ Ver: Sánchez G, Walter. *Liberalismo y Populismo en América Latina*. En: *Transición a la Democracia en América Latina*. Orrego Vicuña, Francisco. Cit. Pág.62.

I.1.2. La Economía Post-colonial

En términos económicos, la Conquista de América se realizó cuando Europa procesaba la crisis del sistema Feudal, la baja rentabilidad de la tierra y la expulsión de masas de campesinos hacia las ciudades como producto de la incipiente economía mercantil. Lo que motivó a los conquistadores fue la búsqueda de oro, el metal precioso que impulsó la acumulación originaria del capital en Occidente⁴¹⁹, el fin principal era el de obtener la mayor cantidad de oro y plata con el menor desembolso de recursos metropolitanos⁴²⁰; por lo que la crisis fue resuelta a partir de la Conquista, toda vez que permitió configurar un orden mercantil a nivel mundial y con él, “una división internacional del trabajo con Europa como eje del nuevo sistema y América una de las periferias coloniales. En estas condiciones el papel que le tocó desempeñar a los dominios españoles fue el aportar recursos metálicos conducentes a la acumulación originaria de los países centrales, mediante el establecimiento legal de relaciones sociales de producción pre-capitalistas en las nuevas áreas coloniales”⁴²¹. América surgió al mundo como anexo complementario de la economía europea⁴²²; papel que no se modificó en los años venideros.

La subsiguiente colonización fue entonces consecuencia “de la expansión comercial y marítima europea, un aspecto del gran proceso de constitución del mercado mundial”⁴²³. Tanto la Conquista como la Colonia no hubieran podido ocurrir, ni se pudieran comprender, “sin la asociación entre intereses privados de diversos tipos (de comerciantes, aventureros en busca de riqueza y posición, nobles con altos puestos burocráticos) e intereses públicos (las monarquías nacionales, a cuyo aparato con frecuencia se asociaba la Iglesia)”⁴²⁴; los que en el marco de las relaciones entre la metrópoli y las colonias configuraron el pacto colonial que era el sistema de comercio exclusivo, donde las colonias asumían el rol de crear sistemas productivos orientados a abastecer el sistema europeo con

⁴¹⁹ Al respecto puede verse: *La acumulación Primitiva*. En: Marx, Carlos. *El Capital*. Tomo I. EDAF. Madrid, 1967, págs. 752-825.

⁴²⁰ Halperín Donghi, Tulio. *Historia contemporánea de América Latina*. Alianza Editorial. Quinta reimpresión. Madrid, 2004. 750 Págs. Pág. 18.

⁴²¹ Cotler, Julio. *Clases, estado y nación en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos. Lima, 1978. 407 Págs. En Capítulo 1 La herencia colonial.

⁴²² Cardoso, Ciro F.S; Pérez Brignoli, Héctor. *Historia económica de América Latina*. Tomo I. Sistemas agrarios e historia colonial. Editorial Crítica. 232 Págs. Pág. 151.

⁴²³ Cardoso, Ciro F.S; Pérez Brignoli, Héctor. *Historia económica de América Latina*. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 161.

⁴²⁴ Cardoso, Ciro F.S; Pérez Brignoli, Héctor. *Historia económica de América Latina*. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 161.

metales preciosos y productos tropicales, creándose para ello diversos núcleos exportadores que articularon otras zonas productivas, subsidiarias, secundarias o marginales⁴²⁵.

Esta vinculación determinó que la organización económica interna se enmarcara en la lógica externa, donde la explotación agrícola se articuló a la mercantil y la minera; esquema que fue replanteado durante la guerras de independencia no para afectar la lógica, sino para establecer un nexo más directo entre los productores iberoamericanos y la nueva metrópoli, Inglaterra, ampliando su participación en el mercado ultramarino y el acceso a precios menores por productos manufacturados⁴²⁶. En el fondo la Independencia buscó replantear el pacto colonial bajo las mismas pautas, lo que efectivamente sucedió, creándose con ello nuevos circuitos internos de comercio para la exportación, lo que favoreció por posición geográfica más a unos países que a otros, permitiendo también el surgimiento de nuevos grupos económicos.

A lo largo de los siguientes decenios los nuevos países América Latina incrementaron su participación como productores primario exportadores en el comercio mundial⁴²⁷, hacia 1880, luego de concluida la Independencia y consolidados los nuevos centros económicos, el avance de una economía primario y exportadora se tradujo en la sustitución del pacto colonial impuesto por España por uno nuevo⁴²⁸. La Colonia española había terminado, pero quedaba además de su mentalidad, la lógica de dominación económica que había establecido, sólo que esta vez eran otros los actores.

Por ello, en la esfera económica, a diferencia de la política si existe una solución de continuidad entre la concepción que se tenía de América Latina desde la conquista y durante la colonia y después de producida la independencia y en el marco de una visión mercantilista.

⁴²⁵ Cardoso, Ciro F.S; Pérez Brignoli, Héctor. *Historia económica de América Latina*. Tomo I. Ob. Cit. Pág. 162.

⁴²⁶ Halperin Donghi, Tulio. *Historia contemporánea de América Latina*. Cit. Pág. 78.

⁴²⁷ Al respecto puede verse las cifras que da Halperin Donghi, Tulio. *Historia contemporánea de América Latina*. Cit. Pág. 223.

⁴²⁸ Halperin Donghi, Tulio. *Historia contemporánea de América Latina*. Cit. Pág. 280.

ii. Los años siguientes a la Independencia. El siglo XIX

El replanteamiento del pacto colonial en lo formal, pero no en lo sustancial, permitió, ya quebrado el comercio absoluto con España, la mayor disponibilidad de capitales y el incremento de capacidad de las nuevas metrópolis de absorber exportaciones de América Latina; relación que se amplió con el otorgamiento de créditos por parte de los nuevos centros de poder económico a los nacientes gobiernos.

El crecimiento económico de las ex colonias se reflejó en la inversión pública y privada, en algunos países se hicieron obras para integrarse generando un mercado interno, mientras que otros optaron por mantener el aislamiento interno y consolidar las rutas primario exportadoras. En estos últimos la factura a pagar fue muy alta, las guerras, los saqueos, el desgobierno, la desintegración y la mutilación territorial fueron algunas de las consecuencias de la miopía de la clase gobernante de estos países.

Por otro lado, a finales del siglo XIX se planteó el debate entre el Paradigma del libre cambio y el proteccionismo, que coincidió con el inicio del repliegue inglés y la mayor participación norteamericana en la economía de nuestros países. En esencia estábamos ante el inicio de un nuevo conflicto de visiones, el que se estableció entre el español y el resto de Europa Occidental que era más ideológico, era sustituido, en el marco de la economía capitalista por el establecido entre el Paradigma del Estado Liberal y el Libre Cambio y el Paradigma del Estado Social y el Proteccionismo, paradigmas que en América Latina eran más económicos que ideológicos y que se diferenciaron por el papel que cada uno le otorgaba al Estado en relación con la economía, la sociedad, la administración y consecuentemente con el Derecho.

I.2.Los Paradigmas políticos y económicos de los albores del Siglo XX hasta la década del ochenta.

La configuración de las identidades locales y de los estados nacionales latinoamericanos es, a todas luces, un proceso convulso que tuvo velocidades de desarrollo distintas en cada país, aunque a pesar de ello se establecieron algunas

pautas generales de devenir que generaron organizaciones políticas y económicas similares, aunque después adoptaron su propia dinámica. Las razones de dicho actuar ya las hemos glosado, por lo que seguidamente analizaremos los términos políticos y económicos en que se expresaron en el siglo XX.

En este período, en los países de América Latina, los paradigmas políticos y económicos, se encontraban en relación directa con el rol que le otorgaban y otorgan al Estado en el proceso de desarrollo; ya no se estaba ante la abstracción tomista-ibérica, sino ante la modernidad que trae consigo el modelo Liberal, el que se expresará en dos perspectivas paradigmáticas⁴²⁹.

En América Latina el Paradigma Liberal se expresó inicialmente en el Estado Oligárquico y su economía liberal primario exportadora, el mismo que se implantó desde la independencia, y que luego fue sustituido por el Estado Populista y por el Estado Desarrollista vinculado a la idea del Estado Social, los que se incorporaron a la escena política latinoamericana desde los albores del siglo XX.

En las líneas que siguen efectuaremos la exposición de la forma en que se desarrollaron en la realidad política, social y económica los paradigmas del Estado Liberal Oligárquico, del Estado Populista y del Estado Desarrollista.

I.2.1. Del Paradigma del Estado Liberal- Oligárquico al Paradigma del Estado Populista

Los albores del nuevo siglo significaron la consolidación de la dinámica económica impuesta en la última mitad del siglo XIX, la primario exportadora, con la diferencia de que el centro, que era Inglaterra, fue sustituido por la emergente economía norteamericana; transición que se inició desde finales del siglo anterior, y que se prolongó hasta la gran crisis de los años treinta⁴³⁰. La sustitución de metrópoli dominante se expresó en inversiones directas en algunas industrias, en la construcción del Canal de Panamá y en la formación de enclaves económicos capitalistas que coexistían con los latifundios o haciendas donde primaban las relaciones de producción precapitalistas.

⁴²⁹ Iglesias, Enrique V. *El papel del Estado y los paradigmas económicos*. En Revista de la CEPAL N° 90-Diciembre del 2006. Pág. 9.

⁴³⁰ De la Peña, Sergio. *El antidesarrollo de América Latina*. Siglo veintiuno editores s.a. México, 1975. 205 Págs. Pág. 159.

La primera guerra mundial, la gran crisis del capitalismo en 1929, así como la segunda guerra mundial marcaron el inicio del declive definitivo de las oligarquías nacionales, por cuanto, en distintos tiempos, permitieron liberar las fuerzas políticas que se encontraban bajo control de las oligarquías; hechos que significaron “la decadencia de una estructura de poder vigente desde la formación de los estados nacionales en América Latina”⁴³¹.

En este contexto, el auge del Populismo se explica en parte por la crisis del Estado Oligárquico, siendo por lo ello una de las manifestaciones de la crisis de las estructuras oligárquicas de dominación, habiéndose presentado bajo la forma de dictaduras o de democracia. En este escenario el Estado Oligárquico decimonónico dejó su lugar al Estado Populista, coptador de masas y de vocación industrial y, a partir de los años 50 del siglo pasado, de inspiración cepalina⁴³². Pero veamos cómo se originó la crisis.

i. El ocaso del Estado Oligárquico

A inicios del siglo XX se produjeron procesos contradictorios en la economía de los países latinoamericanos, los mismos que marcaron su devenir en la división internacional del trabajo. Debido a la Primera Guerra Mundial y al impulso que le imprimió el crecimiento de la economía norteamericana, la economía primario exportadora se dinamizó; pero a la vez, la conflagración mundial tuvo como consecuencia que en razón a la imposibilidad de ingreso de bienes manufacturados que producían las potencias en conflicto, en algunos países se empezó a generar una industria sustitutiva de importaciones sobre la base de la ampliación del mercado interno, surgiendo con ello una Burguesía y Proletariado urbanos, actores políticos y económicos nuevos y modernos distintos a los vinculados a la exportación tradicional.

Este desarrollo inicial fue financiado sobre la base de los créditos externos e inversiones provenientes del nuevo centro financiero del mundo, Nueva York⁴³³; pero la fase expansiva se detuvo abruptamente en 1929, en el marco de la gran crisis del capitalismo que duró hasta 1931, y que afectó a todos en forma

⁴³¹ Ianni, Octavio. *La formación de estado populista en América Latina*. Cit. Pág.92.

⁴³² CEPAL: Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas.

⁴³³ Halperin Donghi, Tulio. *Historia contemporánea de América Latina*. Cit. Pág.362.

traumática. Este es el inicio del ocaso del período oligárquico y de la emergencia de una nueva propuesta.

La grave contracción de las exportaciones de materias primas, tanto en volumen como en precio, afectó al sector primario exportador articulado al Estado Oligárquico, el que comprendía no sólo a los exportadores, sino también a sus empleados y trabajadores dedicados a esas actividades. La desocupación cundió y “se transmitió en forma de depresión general al resto de la economía”⁴³⁴ y también a la organización interna de la economía y los términos de su relacionamiento con el exterior, con lo que la emergente industria pasó a contarse entre las víctimas. Situación que se agravó con el agotamiento de los créditos externos por cuanto la crisis generó incapacidad de pago por parte de los estados endeudados. En términos generales, en plena crisis del capitalismo, no había ingresos, Europa estaba en ruinas y nadie compraba nada. La gravedad de la situación puso en cuestión la vigencia de las condiciones de dominación económica de carácter primario exportador, sustento del Estado Oligárquico, obligando a los distintos gobiernos a adoptar medidas urgentes a fin de evitar la bancarrota total. Este querer surgir del colapso, configura un nuevo escenario en los países latinoamericanos y el inicio de la implantación de un nuevo Paradigma.

ii. La emergencia del Estado Populista

La crisis condujo a que el Estado intervenga en la economía, deviniendo en “agente comercial de cada economía nacional”, diversificando con ello sus funciones, período en el cual se profundizaron las diferencias estructurales entre los países de Latinoamérica. Así, el Estado pasó de ser buscador de recursos financieros, que era la actitud típica de la etapa Liberal, “a encarar, utilizando esas atribuciones nuevas... destinadas a atacar las dimensiones económicas de la crisis... canalizando las importaciones hacia sectores de la economía que al utilizarlas ampliarían el empleo”⁴³⁵, creando con ello las condiciones para la instauración del Estado Social.

⁴³⁴ De la Peña, Sergio. *El antidesarrollo de América Latina*. Cit. Pág. 164.

⁴³⁵ Halperin Donghi, Tulio. *Historia contemporánea de América Latina*. Cit. Pág. 366.

Pero las crisis no duran eternamente. Al finalizar ésta y siendo consecuentes con las orientaciones económicas implementadas para salir de ella, acusando entre las causas la condición de economía primario exportadora, en algunos países se planteó liberar las economías a través del desarrollo hacia dentro o desarrollo interno, que comprendía la expansión y diversificación de la producción agrícola; el impulso a la industria sustitutiva de importaciones, por cuanto se entendía que la industrialización permitiría mejorar la relación económica con el exterior, comprando menos bienes importados y produciéndolos en el país para el mercado interno; la elevación de los aranceles para proteger a la industria nacional; el impulso al proceso de urbanización, lo que generó el despoblamiento del campo; las grandes inversiones públicas en obras de infraestructura como energía, carreteras, puertos, agua; la mejora de la educación; la incorporación política de las masas que se integraban al proceso productivo.

En este escenario el Estado adquirió un nuevo rol político, por cuanto se propuso ir más allá de la estabilización económica para incorporar en el proceso estabilizador a los movimientos sociales contestatarios que habían surgido con la expansión económica y cobrado protagonismo con la crisis y que imponían la necesidad de establecer nuevas relaciones de clase. Estos movimientos sociales eran producto de la urbanización, la migración rural-urbana, el desarrollo industrial, el crecimiento del sector servicios, etc.⁴³⁶; relaciones de clase que significaron el asenso social y político de los sectores medios, de empresarios y obreros vinculados a la industria sustitutiva. Era el tránsito de la sociedad tradicional a la sociedad moderna, del replanteamiento de las relaciones entre sociedad y dependencia económica; el dejar la tradición para adentrarse en la modernidad, era el cambio de Paradigma.

Así, el Estado expandió sus funciones políticas y económicas abandonando los principios liberales que lo habían guiado, para estar más atento a lo social. La forma que adquirieron las exigencias de participación política de los sectores emergentes y la revolución de las expectativas generadas por el proceso, condujo

⁴³⁶ Ianni, Octavio. *La formación de estado populista en América Latina*. Cit. Pág.92

a una nueva forma de organización político-social, el Populismo, el mismo que tuvo su Gobierno y Estado Populista.

El movimiento político que produjo el populismo contó con fuerte apoyo popular y con la participación e influencia de sectores no obreros, que en muchos casos tenían una ideología anti-stat quo y cuyos nexos de organización eran: “I. Una élite ubicada en los niveles medios o altos de la estratificación y provista de motivaciones anti-stat quo; II. Una masa movilizada formada como resultado de la “revolución de las aspiraciones”; y, III. Una ideología o un estado emocional difundido que favorezca la comunicación entre líderes y seguidores y cree un entusiasmo colectivo”⁴³⁷.

La instauración del Gobierno y Estado Populista significó el quiebre del pacto oligárquico liberal, primario exportador y de dominación estamental, incrementando para ello el Estado su participación y poder en la economía, el resultado fue el Estado Social al estilo Latinoamericano. El Estado Social se exteriorizó en el Estado Populista y se configuró a través del proteccionismo a la industria nacional, la necesidad de atender las necesidades sociales y de modernizar la sociedad y sus instituciones. Así, hasta la década de los ochentas, la “emergencia y afirmación del intervencionismo del Estado” fue una de las características en nuestros países, donde “separado de la sociedad y sobre ella, libre de las coacciones del mercado, la competencia y la valorización del capital (...) puede asumir la garantía de las condiciones de reproducción y crecimiento del neocapitalismo periférico; la regulación de sus conflictos (...) todo lo que no puede resultar de un proceso espontáneo, del mercado ni de la iniciativa privada; servidor del sistema y del crecimiento (...) atento a las exigencias de la racionalidad de conjunto de aquél, a las demandas y presiones de clase ... orientado sobre todo por sus propias necesidades e intereses, el Estado se institucionaliza a sí mismo y a las principales fuerzas y relaciones de la sociedad. Es productor de la legitimidad y consenso para su propio poder y para el sistema. Instaura, impone y reajusta el orden jurídico. Refuerza y adapta su aparato de dominación y sus funciones de coacción; controla y arbitra conflictos; unifica e integra el país. Es coproductor,

⁴³⁷ Di Tella, Torcuato S. *Populismo y Reformismo*. En: Germani, Gino y otros. *Populismo y contradicciones de clase en Latinoamérica*. Ediciones Era S.A. México, 1973. Pág.48.

cointroductor y codifusor de cultura e ideología, de tecnología y ciencia, de recursos humanos. Es mediador en las relaciones entre el país y el sistema mundial, los grupos internos y externos... el personal político y administrativo, especialmente la tecno-burocracia civil y militar, crecen y se refuerzan, se especializan y desarrollan sus intereses y poderes...”⁴³⁸.

La nueva dinámica estatal condujo, también como veremos más adelante, al desarrollo de reglamentaciones administrativas y financieras.

iii. Del Paradigma del Populismo al Paradigma del Desarrollismo

Luego de la gran depresión y de la etapa de expansión interna y de la emergencia del Estado Populista, vino la Segunda Guerra Mundial, hecho que impulsó el crecimiento económico debido al incremento de materias primas por parte de las economías involucradas en la guerra, coyuntura en la que se fortaleció el papel interventor del Estado en la economía.

El reforzamiento del rol interventor del Estado se debió, en la coyuntura del conflicto, a que a pesar de contar con recursos para adquirir bienes en el exterior, las economías latinoamericanas no podían hacerlo debido a que toda la capacidad instalada de los países centrales se encontraba ocupada en atender los requerimientos propios de la guerra, situación que generó un nuevo impulso a la expansión de la industria sustitutiva⁴³⁹. Pero este proceso, ya en su fase expansiva, presentaba rasgos negativos como el de insuficiencia de infraestructura, fallas técnicas de la industria y el costo de producción.

Con las limitaciones referidas y a pesar de ellas, al finalizar el conflicto bélico, la economía y sociedades de los principales países latinoamericanos se había complejizado. Las ciudades se habían expandido con un entorno de pobreza, la proletarianización y el despoblamiento del campo se había agravado, la población no contaba con servicios adecuados, el costo de vida se había incrementado, situación que se agravó cuando nuevamente ingresaron al mercado interno los productos importados y concluyó la bonanza de las exportaciones, lo que terminó

⁴³⁸ Kaplan, Marcos. *El Presidencialismo Latinoamericano*. En: Contribuciones. Publicación trimestral de la Konrad – Adenauer – Stiftung A.C. – Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano CIEDLA. Año II- N° 1 (5) – Enero – Marzo, 1985. Bs. As. Argentina.

⁴³⁹ Ver: Halperin Donghi, Tulio. *Historia contemporánea de América Latina*. Cit. Pág. 370.

afectando negativamente la Balanza de Pagos⁴⁴⁰. Por otro lado, se constató que a nivel mundial, luego de la guerra, la única gran economía que quedaba en pie era la norteamericana, la que había acumulado excedentes que debían ser colocados, para lo cual se planteó la reconstrucción de Europa a través del Plan Marshall. Luego vendría la Guerra de Corea.

A pesar del reingreso de los bienes manufacturados y de la afectación negativa de la Balanza de Pagos, se tenía confianza en el futuro debido a los requerimientos que plantearía para las economías latinoamericanas la reconstrucción de Europa; coyuntura en la que se planteó el debate paradigmático siguiente: Por un lado se proponía la continuación del proceso industrializador mejorando las deficiencias acotadas, y teniendo en cuenta las reservas acumuladas durante la Guerra y la futura expansión que tendría el sector exportador, lo que suponía poner al sector industrial como dinamizador de la economía; por otro lado, estaban quienes entendían que la industrialización era producto de una peculiar situación histórica y que concluido el conflicto las economías volverían a descansar en la primario exportación aprovechando sus ventajas comparativas y que por último, en caso de que la exportación de productos primarios decayese, estos mismos sectores se orientarían a la industria.

Los términos del debate son más precisos que al comienzo del siglo XX, ya no se trataba de una discusión post-Estado Oligárquico y Post- Estado Populista. Se asistía a la definición y confrontación entre el Paradigma Liberal y el Paradigma del Estado Social en el marco de desarrollo capitalista. En el debate, en el que se confrontaban los sectores intervencionistas y liberales, también se ponía en cuestión la intervención del Estado en la economía y de la necesidad de la industrialización, así como la configuración de las sociedades, la organización del poder político y la distribución de los excedentes.

Al final, se optó por el mantenimiento de la industria existente, coexistiendo con la economía primario exportadora. El término de la guerra de Corea significó la conclusión del impulso a la economía primario exportadora y, a la vez, el replanteamiento por parte de la economía norteamericana de los términos de su

⁴⁴⁰ Ver: De la Peña, Sergio. *El antidesarrollo de América Latina*. Cit. Pág.168, 169.

relacionamiento con las economías latinoamericanas, ya no se trataba sólo de comprar materias primas, cuyas adquisiciones habían disminuido, sino que optó por la inversión directa en industria, comercio, servicios y el otorgamiento de créditos a los gobiernos para la ejecución de obras de infraestructura, lo que no fue suficiente para detener la crisis económica de estos países⁴⁴¹ originada nuevamente en el recorte de ingresos por el fin de la Guerra. Latinoamérica se encaminaba hacia el fortalecimiento del Estado Intervencionista.

En este contexto emergió la propuesta de la Comisión Económica para América Latina-CEPAL que tenía visión estatista e industrializante del desarrollo, ante la propuesta liberal "la defensa del desarrollo mediante la industrialización tenía, en el período inmediato de la posguerra, el inconveniente de encontrarse poco instrumentalizada desde el punto de vista analítico. Para los defensores de la industrialización, había una especie de "vacío teórico", y el escepticismo respecto de la teoría económica existente generaba perplejidad frente a la falta de teorías que pudieran adaptarse a las realidades económicas y sociales que se procuraba entender y transformar"⁴⁴²; siendo esta labor de la CEPAL.

En la década del 60 el problema político suscitado por la Revolución Cubana, la diferenciación del consumo en el mercado interno, la mayor presencia de las transnacionales en la economía de los países latinoamericanos, el peligro de estancamiento económico y los altos costos de la industrialización marcaron el devenir inmediato⁴⁴³, ante lo cual surgió la denominada Teoría de la Dependencia influenciada por el marxismo. Había que superar el bloqueo a la industrialización,

⁴⁴¹ Ver: De la Peña, Sergio. *El antidesarrollo de América Latina*. Cit. Pág.172.

⁴⁴² Bielschowsky, Ricardo. *Evolución de las ideas de la CEPAL*.

⁴⁴³ "La historia latinoamericana del segundo lustro de los años cincuenta tuvo tres elementos que incidieron radicalmente en la evolución del pensamiento cepalino -y latinoamericano en general- en los años sesenta.

Primero, el crecimiento de la mayoría de los países, pese a ser persistente (5.7% anual, entre 1955 y 1959), se daba en medio de una creciente inestabilidad macroeconómica, motivada en buena medida por problemas de restricciones a las importaciones --que sólo crecieron 2. 1 % anual en el mismo período y 0.3% anual entre 1960 y 1964. En ese contexto de aguda restricción externa, varios países enfrentaban acentuadas presiones inflacionarias.

Segundo, el proceso de industrialización seguía imponiéndose como tendencia histórica, pero la urbanización consiguiente se traducía en un empobrecimiento creciente de la población y la turgurización de las ciudades, síntomas de la incapacidad de absorción de la fuerza trabajadora proveniente de la zona rural por las actividades productivas modernas y con lo que se extendía en forma muy manifiesta la pobreza rural a los centros urbanos. Simultáneamente, la democracia se consolidaba y una insatisfacción creciente se traducía en presiones sociales ejercidas mediante la vida política y sindical cotidiana.

Tercero, la revolución cubana de 1959 tendría una profunda repercusión sobre la actitud norteamericana frente a tales presiones y frente al movimiento político que se propagaba en América Latina. En la esfera diplomática, la reacción frente a Cuba se apartaba por completo de la actitud desconfiada del período macartista y se expresaba en el programa de la Alianza para el Progreso, dirigido por la Organización de los Estados Americanos (OEA). Tal como se expuso en la famosa Carta de Punta del Este (OEA, 1961), firmada por los Estados Unidos y por la gran mayoría de los países de la región, el tono político de la nueva posición norteamericana tenía una explícita orientación "socialdemócrata". Bielschowsky, Ricardo. *Evolución de las ideas de la CEPAL*.

que era consecuencia de la inserción subordinada de los países de América Latina en el orden capitalista internacional, siendo la salida al entrampamiento la opción socialista. Se entendía que “era preciso introducir en ese orden modificaciones más hondas que los retoques hasta entonces invocados como necesarios por las corrientes reformistas... los problemas eran económicos, su solución sólo podía ser política”⁴⁴⁴.

Debemos precisar que además de esta visión se encontraba en el escenario la planteada por Rostow en su obra “Las etapas del desarrollo económico”, que fue el sustento teórico de la política exterior del Presidente Norteamericano John F. Kennedy y que era implementada en nuestros países a través de la Alianza para el Progreso. Luego del asesinato de Kennedy, el problema económico se convirtió en político y la seguridad nacional pasó a prevalecer sobre el desarrollo; coyuntura en la que cobraron protagonismo los militares y los regímenes de facto por ellos presididos, donde liberalismo y proteccionismo ya no respondían a paradigmas, sino a la seguridad hemisférica.

iv. El ocaso del Estado Desarrollista

En la década de los 70, se produjo un cambio sustantivo en la economía internacional que afectó dramáticamente los procesos económicos y políticos en Latinoamérica. En 1971, Richard Nixon, Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, decidió quebrar el orden monetario internacional instaurado en 1944 a través de los acuerdos de Bretton Woods, declarando la inconvertibilidad del dólar en oro; luego, en 1973, vino la crisis del petróleo, que modificó la relación entre países desarrollados y el denominado tercer mundo⁴⁴⁵; y la transferencia de recursos, a través de créditos con bajos intereses a los países del tercer mundo. Esta peculiar coyuntura se exteriorizó en América Latina, hasta 1974, en un crecimiento económico, en la abundancia de divisas que permitió el reimpulso al proceso de industrialización y expansión de las importaciones, así como el aceleramiento del endeudamiento externo de las economías nacionales.

⁴⁴⁴ Halperin Donghi, Tulio. *Historia contemporánea de América Latina*. Cit. Pág. 520.

⁴⁴⁵ Ver: Halperin Donghi, Tulio. *Historia contemporánea de América Latina*. Cit. Pág. 538.

A finales de la década anterior el gobierno norteamericano decidió elevar las tasas de interés, y la nueva administración del Gobierno Norteamericano presidida por Ronald Reagan, así como la de Inglaterra, encabezada por su Primer Ministro Margaret Thatcher, decidieron confrontar al denominado Estado Social o Estado Bienestar desde la óptica de un liberalismo redefinido (Neoliberalismo). Así, en la década de los ochentas Latinoamérica fue afectada por las decisiones de política económica del centro del poder, lo que se exteriorizó en una situación de crisis que se manifestó en ámbitos como el cambiario, la recesión, la deuda externa, el estancamiento de las importaciones, la hiperinflación, la quiebra del sector público, la imposición del ajuste estructural y el inicio del cambio en la visión desarrollo caracterizado por la hegemonía de la ortodoxia liberal.

En este escenario de reordenamiento se desencadenó el ataque “contra el Estado, el empresariado y los sindicatos de América Latina, aduciendo que estaban confabulados con una actitud “rentista” que impedía el funcionamiento eficiente del mercado y, por ende, la eficiencia y el desarrollo. La culpa de los males del endeudamiento sería de ese Estado irresponsable y del modelo de industrialización proteccionista, incapaz de generar importaciones sin recesión y desvalorizaciones cambiarias, debido a que era ineficiente y cerrado al progreso técnico”⁴⁴⁶. Para 1989 los indicadores económicos eran contundentes, los habitantes de países como Brasil, México, Argentina, Perú, Venezuela, y otros, eran más pobres que en 1981; si en 1980 en Latinoamérica existían 135.9 millones de pobres, hacia 1986 eran 170.2, los indigentes crecieron de 62.4 millones a 81.4 millones, teniendo como perspectiva el incremento de los mismos indicadores; en 1989 se había transferido al exterior, a través de los banqueros internacionales, 28 mil millones de dólares más que en 1988⁴⁴⁷. Para 1989 se constaba que era notoria “la desaceleración del crecimiento económico, de la inversión, la producción y los niveles de empleo, el deterioro de los niveles de ingreso y de vida, el incremento de la inflación a niveles sin precedentes, así como

⁴⁴⁶ Bielschowsky, Ricardo. *Evolución de las ideas de la CEPAL*. Cit.

⁴⁴⁷ Schilling, Paulo R. *Africanización de la economía*. En: Diario Oficial El Peruano, Lima, 02 de noviembre de 1990. Ver también: *La situación económica preocupa a los brasileños*, en Diario Oficial El Peruano, Lima 14 de marzo de 1991

la acentuación de los desequilibrios fiscales y externos”⁴⁴⁸, lo que constituían síntomas del agotamiento del patrón de crecimiento y de industrialización. El Paradigma del Estado Social intervencionista se había agotado, comenzaba la vuelta del péndulo.

v. Del Ocaso del Desarrollismo al Paradigma del Consenso de Washington

Siguiendo las pautas indicadas, la década del ochenta y de los noventa significaron un cambio de Paradigma en América Latina. Se asumió que el sector público era ineficiente, lo que había que superar reduciendo el aparato estatal y la burocracia, a fin de que esta sea absorbida por el sector privado; se monitorearon las economías nacionales; se buscó superar el déficit fiscal cobrando más impuestos y reduciendo el gasto público; se eliminaron los subsidios y subvenciones; se fomentó la inversión extranjera y la apertura comercial. Así, países como Bolivia, Venezuela, Ecuador, Colombia, Perú, Argentina, Brasil, Chile, México y otros, ingresaron a un cambio de paradigma en cuanto al modelo de desarrollo, el que en algunos casos se mantiene vigente, mientras que en otros han vuelto a mirar al Estado Social.

⁴⁴⁸ Graña, Alberto. *El juego de naipes en la reinserción internacional*. En: Revista Actualidad Económica, especial N° 13, Lima, mayo de 1989.

CAPÍTULO II
EL DESENVOLVIMIENTO DE LOS
PARADIGMAS DE EUROPA
OCCIDENTAL Y DE AMÉRICA LATINA
EN EL PERÚ
DESDE LA INDEPENDENCIA HASTA
FINALES DEL SIGLO XX

I. EL DESENVOLVIMIENTO DE LOS PARADIGMAS EN EL PERÚ DESDE LA INDEPENDENCIA HASTA FINALES DEL SIGLO XX

El proceso político, social y económico de la historia del Perú no es ajeno a los parámetros en el que se desarrolló el devenir de los demás países del resto del continente y que hemos reseñado en el Capítulo precedente, por lo que al igual que en ellos mientras la Conquista engredó totalmente el proceso de la formación de nuestra economía colonial, la independencia apareció determinada y dominada por ese proceso⁴⁴⁹. La diferencia entre el Perú y el resto de los países, y que explica el peculiar desenlace de su historia, es su proceso económico y político interno⁴⁵⁰. Quizás aquí se hayan presentado con mayor énfasis las racionalidades que animaron a España y que se proyectó en los años venideros en nuestra organización social, administrativa y cultura política. Tal como ya hemos glosado, la ideología política de España que descansó en la tradición católica y medieval consideraba que la organización social debía descansar en jerarquías sociales, de acuerdo a lo establecido en los postulados aristotélicos y tomistas⁴⁵¹, visión que se proyectó en la organización estamental de la sociedad peruana en los años que siguieron a la Independencia.

I.1. Los paradigmas políticos y económicos desde la independencia hasta 1895

La independencia fue un trance difícil en el Perú, condición explicable a partir de su comprensión como centro del poder colonial. Debido a las crisis de mentalidades que se estaba procesando en razón de los encuentros y desencuentros de paradigmas que se confrontaban en América Latina y cuyo proceso hemos descrito precedentemente, se tenían actores políticos liberales de palabra y conservadores de hecho. La aristocracia criolla, algunos de cuyos miembros eran difusores del Paradigma Liberal y que era la llamada a ser el relevo de la élite foránea, nunca terminó por procesar sus contradicciones

⁴⁴⁹ Mariátegui, José Carlos. *7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Biblioteca Amauta. Lima, 1975. 351 Págs. Pág. 16.
⁴⁵⁰ Por el rol que le tocó desempeñar en la división internacional del trabajo "el Perú como parte de la periferia americana del sistema capitalista en formación, no estuvo en condiciones de experimentar las transformaciones que ocurrían en los países centrales, en términos de acumulación original y liberación de la mano de obra de las ataduras legales pre-capitalistas establecidas por el poder central. Por el contrario, el establecimiento legal de dichas relaciones sociales, destinadas a favorecer la apropiación mercantil de las zonas centrales del sistema global, selló la suerte y destino de la sociedad peruana" Cotler, Julio. *Clases, estado y nación en el Perú*. Cit. Pág. 23.

⁴⁵¹ Cotler, Julio. *Clases, estado y nación en el Perú*. Cit. Pág. 38.

ideológicas y políticas. Su ambivalencia ante la Independencia se explica por el temor de que ésta significaba la igualdad de derechos civiles entre criollos e indios, temor propio de una sociedad estamental.

La inconsistencia ideológico-política se proyectó en los discursos políticos y actuar, su falta de capacidad para configurar una propuesta hegemónica permitió que sean desplazadas por parte de los caudillos militares, frustrándose la posibilidad de convertirse en la clase social de remplazo capaz de dar estabilidad a la naciente república y asumiendo, a cambio, el rol de “válidos”⁴⁵². Por ello, luego del orden que otorgaba el dominio colonial español sobrevino el caos y la anarquía, la fragmentación del poder y la feudalización política⁴⁵³. Lo que tendríamos después serían gobiernos militares y discursos liberales o autoritarios, los primeros queriendo el poder como botín y los segundos idealizando una sociedad que por falta de decisión política no se realizaría.

1.1.1. Los Liberales y los Autoritarios. El Primer Debate Paradigmático

El primer debate paradigmático en el país es el que se produjo entre liberales y autoritarios entre 1826 y 1867, respecto del cual Jorge Basadre expone los términos en que se desarrolló, indicando que se realizó en dos ciclos doctrinarios que marcaron el devenir ideológico del país⁴⁵⁴. Así, Basadre manifestaba que a

⁴⁵² “La función de los válidos variaba según la idiosincrasia de los caudillos; por lo general les correspondía redactar, aconsejar, legislar. Redactaban las proclamas, los oficios, los decretos, los mensajes. Aconsejaban los cuartelazos, los apresamientos, las posturas políticas. Legislaban en el Congreso... Constituciones y sus leyes adyacentes con desmedro de medidas económicas, financieras, jurídicas a veces urgentes”. Basadre, Jorge. *PERU Problema y Posibilidad*. Librería Studium. Lima, 1987. 425 Págs. Pág. 50.

Sobre este mismo tema Julio Cotler se referirá a las clases medias y su relación de clientelaje con el poder de facto. “Estas condiciones permitieron el ascenso social de las capas medias, proporcionando a los caudillos soldados, oficiales, funcionarios e ideólogos – los célebres plumíferos-, posiciones a partir de las que se podía obtener las prebendas necesarias para escalar en la jerarquía social. Esto significó el reacondicionamiento de la relación patrón-cliente como fundamento político de la organización social de la naciente República”. Cotler, Julio. *Clases, estado y nación en el Perú*. Cit. Pág.73.

⁴⁵³ Ver: Cotler, Julio. *Clases, estado y nación en el Perú*. Cit. Pág. 68, 69.

⁴⁵⁴ Basadre indica que los dos ciclos doctrinarios contienen momentos autoritarios y liberales.

PRIMER CICLO DOCTRINARIO

FECHAS	MOMENTOS AUTORITARIOS	MOMENTOS LIBERALES
1826 (Dictadura de Bolívar)	Constitución Vitalicia	
1827-28 (Congreso Constituyente)		Constitución de 1828
1829-1834. Gobierno de Gamarra	Defensa del autoritarismo	
1834. Gobierno de Orbegoso		Convención Nacional y Constitución de 1834
1835-1838.	Crisis política y guerra civil-internacional	
1839-1841. Gobierno de Gamarra	Congreso de Huancayo y Constitución de 1839	

SEGUNDO CICLO DOCTRINARIO

FECHAS	MOMENTOS AUTORITARIOS	MOMENTOS LIBERALES
1843-44. Directorio de Vivanco	Predominio de intelectuales autoritarios	
1844. Guerra Civil		Sublevación civil de Elías
1845-1851 Gobierno de Castilla	Herrera y su obra en San Carlos	Vigil y su “Defensa de los Gobiernos
1851. Elecciones	Candidaturas de Vivanco y Echenique	Club Progresista

través de los años y a pesar de las incongruencias de la vida política se apreciaba la confrontación entre dos ideas, la del gobierno fuerte y la idea de la libertad defendida, asumidas, respectivamente, por los autoritarios y por los liberales. Los liberales creían “que todo debe perderse con tal de defender los derechos del hombre; sin esos principios nada tiene valor. Son preferibles la anarquía, la pobreza, la miseria al disfrute de cualquier progreso material sin libertad. Para lograr ser libre e igual, todo debe intentarse. Porque sin libertad nada auténticamente bueno podrá ser poseído; con ella, todo lo bueno podrá lograrse finalmente” por su parte los autoritarios, que estaban menos sugestionados por ideales abstractos, estaban convencidos “de que ante todo, la seguridad de la vida y de la propiedad debe ser resguardada, el comercio y la industria protegidos, la propiedad material promovida. Si bien la libertad es deseable, tiene poco valor, según ellos, si su posesión envuelve males y peligros y es esencial que el gobierno sea eficiente y fuerte”. En este contexto se planteó el debate “entre orden y libertad, entre los derechos del Estado y los derechos del individuo, entre los que miran, ante todo, los males del presente y los que sueñan con las bellezas del porvenir, entre los que temen los peligros de la democracia y los que temen los horrores de la autocracia, entre los que odian la anarquía y los que odian el despotismo”⁴⁵⁵.

Siguiendo con Jorge Basadre, al referirse este autor al pensamiento liberal y autoritario en los albores de la República, nos dice que el Liberal “existió como emoción y meditación de gente selecta y sincera”, que si bien fue “intermitente, heterogéneo, disperso e incoherente, abrió nuevas perspectivas en la vida mental y social...creó y mantuvo una benéfica trocha libertaria en contra del espíritu colonial”, concluyendo en que mirando desde el presente “los autoritaristas

1851-1853. Gobierno de Echenique	Conservadorismo moderado	
1854. Guerra Civil		Revolución de 1854. Gálvez y Ureta, secretarios de Castilla
1855-1856. Gobierno de Castilla	Revolución de Vivanco	Oposición radical y juvenil Convención Nacional
1857-1862. Gobierno de Castilla	Disolución de la Convención	
1862-1864. Gobiernos de San Román y Pezet		Agitación continentalista y democrática
1864. Gobierno de Paz con España		
1865-1866. Revolución y dictadura de Prado		Movimiento revolucionario. Guerra con España.
1867. Gobierno de Prado.		Congreso Constituyente.

Basadre, Jorge. *PERU Problema y Posibilidad*. Cit. Págs.56 y 68.

⁴⁵⁵ Ver: Basadre, Jorge. *PERU Problema y Posibilidad*. Cit. Pág. 53.

acertaron al considerar que el problema fundamental era el de la organización, que el Estado debía ser fuerte; equivocándose y siendo nocivos al aferrarse a instituciones injustas. Los liberales, en cambio, tenían razón en cuanto querían destruir la feudalidad colonial, pero era excesivo su individualismo político y económico (...) Las innovaciones que los liberales quisieron implantar en el Perú se relacionan con el Estado y no con la Nación... El Estado pudo variar más o menos con las constituciones, las leyes y los proyectos de ellas; pero la nación quedó igual⁴⁵⁶.

Este debate se comenzó a modificar a partir de 1862 cuando se produjo la entrega de la consignación de la explotación y venta del guano a consignatarios nacionales (comerciantes de origen terrateniente), condición que les permitió a estos últimos convertirse en agentes financieros y prestamistas de los gobiernos, con lo que devinieron en rentistas, ya que privilegiaban los préstamos a la inversión en otros sectores de la economía⁴⁵⁷. En esta época se planteó la modernización del país a partir de la modificación de los sistemas de transporte y no por el cambio de la estructura colonial aún vigente⁴⁵⁸. La guerra con Chile cerraría este período, para dar inicio a una nueva etapa de confrontaciones

⁴⁵⁶ Basadre, Jorge. *PERU Problema y Posibilidad*. Cit. Pág. 100.

Julio Cotler indica que en términos generales "conservadores y liberales propugnaban formas contrapuestas de organización social-política, ocultándose detrás de ellas intereses concretos de los diferentes sectores que pretendían hegemonizar la maltrecha sociedad.

Mientras los conservadores enfatizaban la necesidad de imponer orden y unidad, mediante el fortalecimiento del principio de autonomía y obediencia a un Estado cesarista de inspiración divina, los liberales insistían en la necesidad de promover y generalizar la participación ciudadana a múltiples niveles, a fin de robustecer el espíritu cívico y la naturaleza republicana del Estado... lo que los conservadores propugnaban era el mantenimiento del orden patrimonial con un Estado personificado en la figura de un gobernante que administrara autoritaria y burocráticamente a la sociedad, compuesta de estamentos y corporaciones en las que se destacaba la explotación colonial y "la protección paternal" a los indios. Frente a estos los liberales propugnaban la ruptura del centralismo burocrático y la repartición del poder en las distintas esferas regionales, así como la destrucción de las formas estamentales y corporativas, sus fueros y privilegios, dando cabida por lo tanto a la libertad de movimiento de personas, propiedades y capitales. El objetivo de los liberales era universalizar el Estado y romper con las identidades segmentarias, dando paso a la formación de ciudadanos, es decir individuos cuyas referencias y lealtades comunes confluyeran con el Estado-Nación". Cotler, Julio. *Clases, estado y nación en el Perú*. Cit. Pág. 75.

⁴⁵⁷ "... los propietarios enriquecidos con la consolidación de la deuda interna buscaron hacer suyo el suculento negocio guanero, arrebatándoselo a los extranjeros. En 1862 lograron que el Parlamento aprobara una Ley que establecía la preferencia a los "hijos del país", en la concertación de este lucrativo negocio. Cuando los nuevos ricos obtuvieron el comercio guanero, lograron los medios para reproducir rápida y fácilmente el capital que habían obtenido originalmente con Echenique, al suplantarlo la doble función de los consignatarios extranjeros como comerciantes y banqueros del Estado. Así, de golpe, un sector de terratenientes se transformó en burguesía rentista y comercial (...) Pero si bien durante la década de 1860 la plutocracia costeña-comerciantes y banqueros dominó la escena económica haciendo del Estado su principal fuente de enriquecimiento, era manifiesta su incapacidad de trasladar sus recursos a la vida política del país, acallando a los jefes militares, las oligarquías regionales y a las clases populares de las ciudades y del campo. Las razones de esta aparente paradoja se debe encontrar en su propia constitución. La acumulación de capital comercial que la plutocracia había logrado no se asocia a la destrucción de los fundamentos precapitalistas de la sociedad peruana, dando cabida a que jefes militares y oligarquías mantuvieran su ámbito de poder local". Cotler, Julio. *Clases, estado y nación en el Perú*. Cit. Pág. 100.

⁴⁵⁸ Ver: Bonilla, Heraclio. *Guano y Burguesía en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos. Lima, 1974. 222 Págs. Págs. 40 y 105.

internas en el marco de guerra externa, y que al finalizar la guerra se prolongaría hasta 1895 cuando se instauró la denominada República Aristocrática⁴⁵⁹.

I.1.2. La configuración del Paradigma económico primario exportador

La economía peruana de comienzos de la República no se afectó respecto de su racionalidad por cuanto, a diferencia de la esfera política, la decisión fue no modificar los términos de relacionamiento económico que había instaurado la Colonia, sólo cambiaron los productos. En este orden de ideas, al Perú se le puede periodizar económicamente en función del auge de ciertos recursos naturales, así se tiene que si el siglo XVI fue la época del oro, el XVI-XVII, de la plata y el XVIII de declinación de la era de la plata, el siglo XIX fue el del Guano y del Salitre⁴⁶⁰; etapas que tejieron su historia peculiar con el exterior y con la organización económica interna.

El auge y el ocaso se proyectaban en la esfera política. Así, el ocaso de la era del oro y de la plata se vinculó en el ámbito interno a la implementación de las reducciones⁴⁶¹ dispuesta por el Virrey Toledo, y la Encomienda⁴⁶². Por otra parte, las reformas borbónicas y los problemas políticos que afectaron en esos momentos a España significaron para la economía del Perú una etapa de estancamiento, el mismo que se prolongó hasta la década de 1840.

La economía que existía durante el convulso período de la Independencia y que reproducía la establecida durante la colonia, descansaba en, lo interno, en la agricultura articulada en torno a las haciendas y comunidades y a los tributos;

⁴⁵⁹ "este año señala, con la derrota que las montoneras de Piérola y Durand infringieron al ejército regular de Andrés Avelino Cáceres, el fin del militarismo del siglo XIX. El gobierno de Nicolás de Piérola servirá de antesala a una serie de regímenes en los cuales la oligarquía terrateniente, comercial y financiera ejerció directamente el poder político". Burga, Manuel; Flores Galindo, Alberto. *Apogeo y crisis de la República Aristocrática*. Ediciones Rikchay Perú, Lima, 1981. 235 Págs. Pág. 7.

⁴⁶⁰ Ver: Lumbreras, Luis Guillermo. *Poder, fuerza y gobierno*. En: Diario Oficial El Peruano, Lima, 16 de marzo de 1991.

⁴⁶¹ "La explotación de mano de obra nativa se organizó en el virreinato peruano, primero a través de la concentración de esa población en las reducciones que mandó a realizar el Virrey Toledo, pocos años después de haberse consumado la conquista. Estas reducciones se caracterizaron por el asentamiento en pueblos de los dispersos ayllus indígenas y tenían el propósito de organizar a la población sojuzgada para facilitar el cobro de tributos y disponer de mano de obra para los requerimientos de la población dominante". Cotler, Julio. *Clases, estado y nación en el Perú*. Cit. Pág. 23.

⁴⁶² La Encomienda concluyó en el siglo XVIII con las reformas borbónicas, y consistía en "... la encomienda Indiana, es decir la entrega a los conquistadores de un determinado número de tributarios quienes se encontraban así obligados a prestarles servicios personales por el equivalente de lo que debían tributar a la corona. De esta manera, el encomendero se encontraba en potestad legal para apropiarse de una renta a través del trabajo de los indígenas en la minería, agricultura, artesanías...". Cotler, Julio. *Clases, estado y nación en el Perú*. Cit. Pág. 24.

mientras que la economía de exportación reposaba en las monedas de plata y en las lanas⁴⁶³. Es a partir de 1840 en que la economía del Perú se vio nuevamente inmersa en la vorágine de la división internacional del trabajo, reasumiendo plenamente su condición de primario exportadora, siendo primero el guano y luego el salitre los productos emblemáticos. En este período Inglaterra emergió como centro de dominación económica en sustitución de España, potencia económica que instrumentaliza una dominación de tipo comercial y financiera; dinámica que se proyectó hasta la guerra con Chile en 1879.

Durante el período de hegemonía económica inglesa que se produjo durante la vigencia del guano, el país recibió ingentes cantidades de dinero que sólo generaron una clase rentista y una modernización costeña, sin afectar los términos de la organización económica heredada de la Colonia y las relaciones de producción precapitalistas inherentes a ella. En ésta etapa se constituyeron en actores económicos los consignatarios nacionales, que eran los hacendados convertidos en comerciantes o vinculados a la Aristocracia que se reclamaba heredera de la Colonia, quienes se constituyeron en una clase rentista que financiaba las urgencias presupuestales del Estado⁴⁶⁴, lo que permitió la articulación entre el capital comercial y bancario⁴⁶⁵, pero no al futuro y seguridad nacional.

Luego de la guerra con Chile el país ingresó en una etapa de postración, por cuanto no sólo se perdió el guano y el salitre, sino que se paralizaron las fuerzas productoras nacies, se produjo la depresión general de la producción y del comercio, la moneda se depreció y se arruinó el crédito exterior⁴⁶⁶. La recuperación se produciría a partir de 1895, en la denominada República Aristocrática.

⁴⁶³ Bonilla, Heraclio. *El Perú entre la Independencia y la Guerra con Chile*. En: *Historia del Perú. Perú Republicano*. Tomo VI. Editorial Juan Mejía Baca. Lima, 1981. Págs. 399, 401, 402 y 413.

⁴⁶⁴ "Entre 1862 y 1868 se cristaliza y se desarrolla un proceso de primera importancia ... Hasta 1862 la explotación y venta del guano estuvieron confiados a varias casas comerciales extranjeras, como la de Antony Gibb. Esta firma inglesa era la dominante, dado el monopolio de la venta que ella ejercía sobre el mercado británico. Al expirar en 1862 su contrato firmado una década antes, la casa Gibb no pudo obtener la renovación del mismo. El gobierno del Mariscal Castilla prefirió, no sin reticencia entregar esta consignación a un grupo de comerciantes peruanos, asociados bajo el nombre de compañía de consignatarios nacionales. Es así como estos comerciantes pasaron a tener el control de la venta del guano en el mercado inglés, hasta que Piérola en 1869, les arrebató esta concesión para entregarla al francés Auguste Dreyfus". Bonilla, Heraclio. *Guano y Burguesía en el Perú*. Cit. Capítulo: Los consignatarios del guano y el problema de la burguesía nacional en el Perú.

⁴⁶⁵ Mariátegui, José Carlos. *7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Cit. Pág. 22.

⁴⁶⁶ Mariátegui, José Carlos. *7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Cit. Pág. 24.

I.2. El Paradigma Liberal de la República Aristocrática. 1895-1919

Luego de concluida la guerra, “la banca y el gobierno inglés presionaron sobre el gobierno de Lima, a fin de que este cancelara los 51 millones de libras esterlinas que adeudaba por concepto de empréstitos otorgados durante la época del guano”⁴⁶⁷, la salida a la acreencia se planteó en 1893 en el gobierno del Mariscal Cáceres quien suscribió el contrato Greace con los tenedores de bonos agrupados en la Peruvian Corporation, contrato por el que se entregó para su explotación los ferrocarriles por 66 años. Con esta acción se modificó el accionar del capital inglés, el mismo que actuó a través de la inversión de capitales en los principales sectores productivos⁴⁶⁸. Seguidamente, en 1895 se instauró en el país la denominada República Aristocrática.

I.2.1. El Paradigma Político-Liberal del Estado Oligárquico

La Oligarquía peruana, que se remontaba en sus orígenes a la época del guano, puede ser conceptualizada, desde el ámbito de las mentalidades, como la noción de un sentido de pertenencia a la clase que se definía a partir del apellido “lazos de parentesco, cierto estilo de vida”, criterios de clase a los que se agregaban otros de tipo estamental “como rezago y herencia de la colonia”, y tenía como forma de dominación la marginación de los sectores populares y la neutralización de los sectores medios⁴⁶⁹.

En la República Aristocrática, la Oligarquía a ella inherente constituyó el Estado Oligárquico, definido como una forma de organización del poder de los estados simicoloniales que económicamente se asentaban “en la sobreexplotación de la fuerza de trabajo y en la apropiación de la renta diferencial como motores del desarrollo capitalista y en el estímulo a la apropiación de la renta absoluta por parte del gamonalismo”; por otro lado, en la dimensión de las relaciones sociales, el Estado Oligárquico se definía como “una trama de relaciones sociales heterogéneas –capitalistas, serviles y combinaciones múltiples– que expresan un proceso incipiente en la formación de clase, pero que configuran un bloque dominante, conformado por la oligarquía (con su fracción terrateniente y su

⁴⁶⁷ Cotler, Julio. *Clases, estado y nación en el Perú*. Cit. Pág. 124.

⁴⁶⁸ Ver: Bonilla, *Heraclio*. *Guano y Burguesía en el Perú*. Cit. Pág. 135.

⁴⁶⁹ Ver: Burga, Manuel; Flores Galindo, Alberto. *Apogeo y crisis de la República Aristocrática*. Cit. Pág.88.

fracción financiera), por los gamonales y por el imperialismo el cual expolia y oprime a un proletariado desarticulado y disperso y a las masas campesinas que constituyen la mayoría nacional y bloque el desarrollo de las clases medias”⁴⁷⁰.

El Estado Oligárquico se caracterizó por un débil desarrollo de los aparatos administrativos y escasa burocracia, encontrándose limitado en su dimensión nacional por las haciendas, las mismas que constituían un espacio de poder. En cuanto a la sociedad, se aprecia que en la sociedad oligárquica el poder político aparece privatizado y monopolizado por un conjunto de familias⁴⁷¹; en el ámbito político, al no contar con un programa político, más que ideología oligárquica lo que existía era una mentalidad oligárquica que contribuyó a su cohesión y ejercicio del dominio sobre la sociedad, mentalidad que estaba conformada por los elementos siguientes: El catolicismo, la concepción “señorial” de la sociedad, el uso del símbolos que referían la pertenencia a una clase, el paternalismo y el racismo, la familia como núcleo⁴⁷². En esta forma de organización política, el Estado era sólo el garante del orden social para lo cual recurría a la violencia cuando se cuestionaba su existencia.

I.2.2. El Paradigma Liberal – Exportador del Estado Oligárquico de la República Aristocrática

La Oligarquía se explica desde la esfera económica como vinculada a la tierra, las propiedades mineras, el gran comercio de importación – exportación y la banca. Así, cuando en 1895 se instauró la República Aristocrática, se privilegiaron los intereses de los exportadores (plata, algodón, azúcar), desplazando con ello a los terratenientes feudales. Por su parte el Estado adquirió protagonismo al controlar la producción de moneda y modernizarse; y, en paralelo el capital extranjero comenzó a dominar la economía, lo que se pudo apreciar en la primera década del siglo XX.

El nuevo siglo trajo consigo la inversión extranjera directa en la minería, sector que se agregaba a los de comercio, finanzas y transporte, donde ya existían

⁴⁷⁰ López, Sinécio. *El Dios Mortal. Estado, sociedad y política en el Perú del siglo XX*. Instituto Democracia y Socialismo. Lima, 1991. 263 Págs. Pág. 37.

⁴⁷¹ Ver: Burga, Manuel; Flores Galindo, Alberto. *Apogeo y crisis de la República Aristocrática*. Cit. Págs. 88,89,90.

⁴⁷² Ver: Burga, Manuel; Flores Galindo, Alberto. *Apogeo y crisis de la República Aristocrática*. Cit. Págs.95, 96, 97, 98.

inversiones; proceso en el que capital extranjero pasó a controlar otros sectores de la economía nacional como textiles y el agro. Posteriormente, la primera guerra mundial dinamizó la economía exportadora permitiendo que los precios de exportación aumentaran en forma vertiginosa, prosperidad que estuvo acompañada de un incremento sustancial de las importaciones y del deterioro de las barreras arancelarias, lo que no permitió el desarrollo de una industria nacional⁴⁷³. Pero la finalización de la guerra marcó el final del auge y el inicio de la crisis que pondría fin, en 1919, a la República Aristocrática, dejando subsistente a su Estado y forma de dominación que tardaría muchos años en colapsar. Se iniciaba la larga agonía del Estado Oligárquico⁴⁷⁴.

I.3. La agonía del Estado Oligárquico

Este fue el Estado que acompañó en los años venideros a la política peruana y cuya larga agonía trascendió a diversos regímenes, agonía que se inició en 1919 con el fin de la República Aristocrática y que concluyó con las reformas de implantaron los militares en 1968. Durante este largo período el Péndulo de los paradigmas transitaron de un Estado Liberal a un proteccionismo sin participación del Estado en la economía influenciado por las propuestas de la CEPAL a un proteccionismo e intervención en la economía que radicalizó dichas propuestas. Se transitó en el marco de los paradigmas expuestos, del Estado Liberal al Estado Populista y Social, no presentándose tipos puros, sino grados atenuados de combinación a medida que el Estado se modernizaba.

I.3.1. Política y economía del Estado Liberal-Promotor. El Oncenio

Durante el período que va entre 1919 y 1929 el Estado incrementó su participación política y económica, amplió y modernizó la administración e incrementó la burocracia, lo que permitió el ingreso de sectores medios a la Administración Pública y al quehacer político; coyuntura en la que se produjo el desplazamiento de la oligarquía civilista, sustrato político del Estado Oligárquico, mediante la

⁴⁷³ Ver: Burga, Manuel; Flores Galindo, Alberto. *Apogeo y crisis de la República Aristocrática*. Cit. Pág. 131

⁴⁷⁴ "La política económica de Piérola se ajustó plenamente a los mismos intereses (penetración imperialista). El caudillo demócrata, que durante tanto tiempo agitara estruendosamente las masas contra la plutocracia, se esmeró en hacer una administración "civilista". Su método tributario, su sistema fiscal, disipan todos los equívocos, su fraserio y metafísica. Lo que confirma el principio de que en el plano económico se percibe siempre con más claridad que en el político el sentido y el contorno de la política, de sus hombres y de sus hechos".

conformación de “nuevas clientelas con individuos hasta entonces segregados del poder”⁴⁷⁵; cambios que no significaron la modificación de las bases sociales de la dominación señorial. La consecuencia de este proceso fue que se hizo imposible el reconocimiento de los derechos ciudadanos de las clases populares, por cuanto al igual que en el siglo XIX hubiese significado “afectar la dominación colonial del campesinado indígena, que constituía la mayoría de la población”⁴⁷⁶.

El régimen que se instauró en este período fue de tipo Liberal promotor, ya que otorgó un mayor dinamismo al Estado como propulsor del desarrollo a través de obras de infraestructura, la economía siguió descansando en las exportaciones, se intensificó la presencia del capital extranjero en especial el norteamericano que además de tener presencia en el financiero invirtió en minería, petróleo, agricultura, azúcar e industria, siendo que los productos exportables generados por la inversión extranjera adquirieron mayor importancia (minerales y petróleo)⁴⁷⁷. En este escenario la industria moderna podía coexistir con la agricultura y la producción primario exportadora.

Esta etapa denominada por algunos investigadores como la del Liberalismo Excluyente⁴⁷⁸, se cerró con la gran crisis de 1929 y la caída del régimen de Leguía.

1.3.2. El Repliegue del Paradigma Liberal y el inicio del Paradigma del Estado Social - Interventor. De 1930 a 1948

Posteriormente, entre 1930 y 1948 el Estado adquirió mayor protagonismo en el desarrollo de las funciones económicas y administrativas, las mismas que se dinamizaron durante la década del cuarenta y tomaron un gran impulso a partir de los años cincuenta⁴⁷⁹; pero éste se siguió manteniendo como garante del equilibrio social, reprimiendo y otorgando concesiones, por cuanto era incapaz de procesar institucionalmente las demandas de los nuevos sectores sociales emergentes. En este contexto, las luchas sociales de la época se constituyeron en un desafío al Estado Oligárquico, coyuntura que se cerró con el Golpe de Estado de 1948.

⁴⁷⁵ Cotler, Julio. *Clases, estado y nación en el Perú*. Cit. Pág. 191.

⁴⁷⁶ Cotler, Julio. *Política y Sociedad en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos. Lima, 1994. 235 Págs. Pág. 64.

⁴⁷⁷ Ver: Burga, Manuel; Flores Galindo, Alberto. *Apogeo y crisis de la República Aristocrática*. Cit. Pág. 138.

⁴⁷⁸ Ver: Portocarrero M., Gonzalo. *Ideologías, funciones del Estado y políticas económicas Perú: 1900-1980*. En: Debates en Sociología N° 9. Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento de Ciencias Sociales.

⁴⁷⁹ López, Sinécio. *El Dios Mortal. Estado, sociedad y política en el Perú del siglo XX*. Cit. Pág. 53.

La crisis de 1929 consolidó la idea de contar con una política que fomente y proteja la industria. Así, entre 1930 y 1948, indistintamente de los gobiernos que se sucedieron, el factor común fue la ampliación de la participación del Estado en todos los ámbitos, en especial en el social, contexto en el que las relaciones entre Estado y economía se tornaron más complejas, “haciendo que las ideas liberales se replieguen temporalmente desacreditadas de hecho”⁴⁸⁰, repliegue que se debió a que la crisis del 30 “significó no sólo la terminación del flujo de préstamos norteamericanos, que habían permitido vivir al leguismo y sus seguidores distribuyendo beneficios dentro de una abundancia ficticia, sino también la declaración de la moratoria en los pagos de la deuda externa como resultado de la caída de los ingresos del Estado”⁴⁸¹.

Ante la incapacidad del Liberalismo para resolver los problemas económicos suscitados al interior del sistema capitalista, se impuso el Intervencionismo pragmático⁴⁸² y al descrédito de las ideas liberales, hegemónicas en las tres décadas que iban del siglo XX, le siguió una creciente posición intervencionista y reguladora de la economía⁴⁸³ por parte del Estado. El Golpe de Estado de 1948 movería otra vez el péndulo.

I.3.3. El retorno del Liberalismo y el Paradigma del Estado Social. De 1948 a 1956

Luego de producido el Golpe de Estado que significó el retorno al Liberalismo, las ideas liberales volvieron a ser dominantes, por lo que el Estado abandonó el papel de regulador del proceso económico que había intentado asumir en los años anteriores, para reasumir el de promotor de la iniciativa privada. Pero la dinámica social, como la migración y el incremento de la población, entre otros, hizo inevitable que a partir de la década del cincuenta se adoptaran medidas de tipo social, decisión que se articuló al incremento de las funciones administrativas y a la instauración del modelo de desarrollo por sustitución de importaciones, el cual

⁴⁸⁰Portocarrero, Félix; Beltrán, B., Arlette; Zimmerman N., Alex. *Inversiones Públicas en el Perú (1900-1968) una aproximación cuantitativa*. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (CIUP), Lima, agosto de 1988. Pág. 24.

⁴⁸¹ Portocarrero, Felix; Beltrán, B., Arlette; Zimmerman N., Alex. *Inversiones Públicas en el Perú (1900-1968) una aproximación cuantitativa*. Ob. Cit. Pág. 32.

⁴⁸² Ver: Portocarrero M., Gonzalo. *Ideologías, funciones del Estado y políticas económicas Perú: 1900-1980*. Cit.

⁴⁸³ Ver: Portocarrero, Felix; Beltrán, B., Arlette; Zimmerman N., Alex. *Inversiones Públicas en el Perú (1900-1968) una aproximación cuantitativa*. Cit. Pág. 24.

estaba condicionado a la ampliación de los sectores medios y a la estabilidad de los salarios y los precios, lo que se garantizó por el gobierno de aquella época a través del incremento del gasto público, la represión a las organizaciones de trabajadores urbanos y una política de control y subsidios sobre los precios de los alimentos⁴⁸⁴. Este proceso modernizador se hizo en detrimento de los campesinos y terratenientes de la sierra del sector pre-capitalista.

En este período la economía siguió siendo primario exportadora, pero a la vez, se impulsó la inversión extranjera directa y las inversiones públicas. El fin de la guerra de Corea y la subsiguiente crisis fiscal que generó, hizo nuevamente inviable al liberalismo. El péndulo comenzaba a moverse otra vez.

Así, a partir de la segunda mitad de la década del 50 se optó por la sustitución de importaciones promovida por la CEPAL, impulsándose el desarrollo de la industria, iniciativa que se tradujo en la visita que en 1956 hiciera al país un grupo de funcionarios de dicha Comisión, la misma que trajo como consecuencia la promulgación de normativa promotora de la industria para el mercado interno.

1.3.4. Entre el Paradigma Liberal y el Paradigma del Estado Social cepalino. De 1956 a 1968

En este contexto, a partir de 1956 se ampliaron aún más las actividades administrativas del Estado, lo que se produjo como efecto de la lucha de sectores reformistas que aparecieron en la escena política y que buscaban transformar los intereses comunes de la sociedad en intereses generales del Estado, ampliando los gatos del capital social.

Este conflicto tenía por objetivo transformar el Estado Liberal en un Estado promotor⁴⁸⁵, por cuanto se hacía indispensable que el Estado “asumiera directamente funciones distributivas de naturaleza asistencial, con el fin de legitimarse y obtener el consenso social necesario para canalizar la participación popular por cauces que se adecuaran a los nuevos requisitos del desarrollo capitalista”⁴⁸⁶. En este período hegemonizó una visión desarrollista como orientación de la política económica, optándose por un modelo de sustitución de

⁴⁸⁴ Cotler, Julio. *Política y Sociedad en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos. Lima, 1994. 235 Págs. Pág. 70.

⁴⁸⁵ Ver: López, Sinécio. *El Dios Mortal. Estado, sociedad y política en el Perú del siglo XX*. Cit. Pág. 53.

⁴⁸⁶ Cotler, Julio. *Política y Sociedad en el Perú*. Cit. Pág. 72.

importaciones en una versión liberal, donde el Estado se presentó “como promotor, regulador y director de la asignación de recursos pero no directamente como empresario que pudiera competir, menos suplantar a la iniciativa privada”⁴⁸⁷.

Pero la crisis de 1957 hizo volver a las ideas liberales, planteándose entonces la reducción de las funciones del Estado “al mantenimiento del orden; de lo contrario, la intervención estatal en la economía favorecería la corrupción del aparato político, con la consiguiente ineficiencia económica que conduciría al desarrollo de tendencias comunistas”⁴⁸⁸; frente a esta posición liberal se contraponía la desarrollista que hemos reseñado, la que proponía que el Estado “adquiriera un papel preponderante y auspiciara al capital nacional con el fin de sacar al país del subdesarrollo y la dependencia, para lograr la buscada integración entre la sociedad y el Estado”⁴⁸⁹.

En términos reales en esta etapa se produjo el desplazamiento del liberalismo y comenzaron a hegemonizar las ideas desarrollistas. Resuelto el tema de la hegemonía paradigmática, en este período el Estado pasó de ser garante del orden a promotor del desarrollo; en paralelo el Ejército estableció la relación entre seguridad y desarrollo.

La década del sesenta continuó con esta tendencia donde el Estado siguió siendo entendido como promotor del sector privado, pero la estructura semifeudal existente en el campo y la gravedad de la situación política condujeron al país a otra salida golpista, que significó el fin del Estado Oligárquico.

1.3.5. El Populismo Militar y el Estado Social. De 1968 a 1980

En 1968, ante la incapacidad del Estado y la clase dominante para procesar las demandas sociales y superar la crisis política y económica en la que el país se hallaba inmerso, por cuanto no se habían superado las estructuras del poder oligárquico, se produjo un Golpe de Estado encabezado por militares reformistas que dieron fin al Estado Oligárquico y al sistema de dominación que lo sostenía.

⁴⁸⁷ Ver: Portocarrero M., Gonzalo. *Ideologías, funciones del Estado y políticas económicas Perú: 1900-1980*. Cit. Pág. 26.

⁴⁸⁸ Cotler, Julio. *Política y Sociedad en el Perú*. Cit. Pág. 73.

⁴⁸⁹ Cotler, Julio. *Política y Sociedad en el Perú*. Cit. Pág. 73.

Esta decisión política de los militares se articuló a un nuevo rol del Estado que acentuó su presencia en la sociedad, tal como se puede constatar en los actos políticos que siguieron al Golpe de Estado, “se prometió inmediatamente un “Estado fuerte” e importantes reformas estructurales ... el primer acto importante del gobierno militar fue expropiar los campos petrolíferos de Talara ... en 1969 se puso en marcha un programa radical de reforma agraria, y en los seis años siguientes se produjo una oleada de reformas de propiedad, que afectaron la minería, pesca, industria pesada, Banca y comunicaciones, proceso que culminó en 1975 con la gestación de un sistema de participación de los trabajadores en la economía (...) el Estado emergió como elemento central en las esferas económicas y política”⁴⁹⁰. El Estado se convirtió en agente productivo y en organizador e impulsador de la sustitución de importaciones, se amplió el aparato burocrático, se crearon empresas públicas, se elevó el gasto público y la inversión. El objetivo de las acciones reformistas era reorganizar la sociedad superando los desencuentros históricos que habían conducido al atraso y subdesarrollo.

En 1975, ante la inminencia de la crisis económica se produjo el relevo en la jefatura del Gobierno Militar, entre 1975 y 1980, a pesar de los intentos por liberalizar la economía y redimensionar el papel del Estado el nuevo régimen militar no pudo modificar el esquema dejado por el régimen precedente. En realidad, en este período el Gobierno Militar tuvo como preocupación central establecer salidas a la crisis y transferir el Gobierno a los civiles, lo que reducía su espacio para replantear el rol del Estado.

En 1980, previa convocatoria a la Asamblea Constituyente, los militares se retiraron del poder y con él, el Estado Oligárquico concluía su larga agonía y comenzaba la crisis de la construcción de un nuevo Estado.

I.3.6. Entre el Paradigma Liberal y el Paradigma del Estado Social, el neopopulismo. De 1980 a 1990

El Perú llegó a la década de los ochenta en una situación crítica, por cuanto se juntaron distintas variables que pusieron en cuestión la viabilidad del Estado y de la Nación. Al ocaso definitivo del Estado Oligárquico le siguió la crisis del Estado

⁴⁹⁰ FitzGerald, E.V.K. *La Economía Política del Perú 1956-1978*. Instituto de Estudios Peruanos. Lima, 1981. 429 Págs. Pág. 71.

Social debido al agotamiento del modelo de industrialización por sustitución de importaciones; crisis que generó desempleo y subempleo, a lo se le aunó el colapso orgánico de los partidos políticos, “la militarización de la política, el derrumbe del Estado, la crisis de las orientaciones y de los sentidos básicos de la política, la desubicación del Perú en el mundo”, hechos que amenazaron hacernos perder el sentido de futuro⁴⁹¹, todo en el marco de una cruenta guerra interna.

En la dimensión política los ochentas continuaron con la vieja confrontación entre la visión del Estado Liberal mínimo y la del Estado Interventor o Estado Social. El Gobierno que se instaló en 1980, al igual que el Régimen Militar del período 1975-1980, se encontró atrapado en el diseño dejado por el Gobierno Militar del período 1968-1975. El Liberalismo emergente no pudo modificar las estructuras del colapsado Estado, a pesar de contar con una nueva Constitución Política, sólo se limitó a administrar la crisis.

En este contexto, el renaciente Liberalismo pretendió con resultados infructuosos replantear del Estado, asumiendo que este se había sobredimensionado y que era necesario reorientarlo hacia otras áreas prioritarias del sector público, al mismo tiempo que debía ser reducido⁴⁹². El modelo económico que se implementó partió de la crítica al modelo de desarrollo por sustitución de importaciones, ante lo que se proponía el aprovechamiento de las ventajas comparativas, así se planteaba la industrialización abierta del país sobre la base de estas ventajas, promulgándose normas que tenían como objetivo promover el desarrollo industrial; pero, para 1983 la industria nacional había sufrido en todos sus rubros una grave caída en comparación con 1978⁴⁹³. Después, la crisis e inflación pasaron a ser palabras de uso corriente en la vida nacional.

En el período 1985-1990, la crisis se agravó y como salida se buscó retornar a visiones estatales de la década del setenta, la del Estado Social, lo que llevó a un notorio aumento de la intervención del Estado en la economía, poniendo a prueba “los límites de un manejo económico populista sustentado en la capacidad de

⁴⁹¹ Ver: López, Sinécio. *El Dios Mortal. Estado, sociedad y política en el Perú del siglo XX*. Cit. Pág. 102.

⁴⁹² Ver: Álvarez Rodrich, Augusto. *Del Estado empresario al Estado regulador*. En: PERU 1964-1990. Julio Cotler (editor). Instituto de Estudios Peruanos. Lima, 1995. 314 Págs. Pág. 74,75.

⁴⁹³ Ver: Graña, Alberto. Actualidad Económica N° 63.

intervención del Estado”⁴⁹⁴, se volvió a la idea de la protección de la industria, pero esta también fracasó y ambos fueron devorados por el contencioso presente⁴⁹⁵. Debido a la relación que durante las últimas décadas se había establecido entre los sectores público y privado “el colapso del Estado significó en realidad la crisis del sistema global”⁴⁹⁶, esta vez la política proteccionista colapsó y con ella el Estado y la economía en su conjunto.

Los noventa y el nuevo milenio nos pondrían ante un nuevo movimiento del péndulo.

I.3.7. El Paradigma del Consenso de Washington. El Neoliberalismo

La década del noventa significó la vuelta de las políticas liberales, las mismas que habían perdido vigencia ante las propuestas del Estado Social. En el Perú, las políticas de ajuste estructural se comenzaron a aplicar a partir de los inicios de dicha década, pero la acción política había sido precedida de una reflexión sobre el país y el desarrollo del capitalismo en el Perú, siendo uno de los libros destacados “El Otro Sendero”⁴⁹⁷, publicado en 1986 y que tuvo amplia difusión en el país.

En el Prólogo de “El Otro Sendero” Mario Vargas Llosa indicaba que el Libro, a partir del estudio de la Informalidad, proponía “un camino de solución para los problemas de los países subdesarrollados que está en total entredicho con el que han tomado la mayoría de los gobiernos y las élites políticas, progresistas o conservadoras, de esos países”⁴⁹⁸. La propuesta implicaba la crítica al mercantilismo y a la ineficiencia histórica del Estado, valorando como vía de solución al mercado. En todo este esquema, la legalidad se había convertido en un factor retardatario del desarrollo. En relación al mercantilismo indicaba que “La acepción en la que aparece en El Otro Sendero es la de un Estado burocratizado y

⁴⁹⁴ Álvarez Rodrich, Augusto. *Del Estado empresario al Estado regulador*. Cit. Pág. 75.

⁴⁹⁵ “Una de las demandas principales de los sectores empresariales y de las clases medias de la década del ’60 fue el fortalecimiento del Estado para impulsar el desarrollo del mercado interno, de la industria y del proceso de acumulación. El primer gobierno de Belaúnde construyó el Estado promotor que asumió los gastos de inversión en infraestructura, disminuyó los costos privados de inversión de capital constante y elevó la rentabilidad empresarial. Velasco dio un paso más al desarrollar el Estado empresario que asumió un papel clave en el proceso de acumulación frente a los temores y debilidades de la burguesía peruana. Desde entonces se instaló una tensión muy conflictiva entre el Estado empresario y la burguesía privada, entre las fuerzas populistas y reformistas que apoyaban un estado fuerte y las fuerzas liberales que quieren un estado chico, barato y abstencionista; entre el Gral. Velasco y el Gral. Morales Bermúdez; entre el segundo gobierno del Presidente Belaúnde y el gobierno de Alán García”. López, Sinecio. *El Dios Mortal. Estado, sociedad y política en el Perú del siglo XX*. Cit. Pág. 167.

⁴⁹⁶ Álvarez Rodrich, Augusto. *Del Estado empresario al Estado regulador*. Cit. Pág.77.

⁴⁹⁷ De Soto, Hernando. *El Otro Sendero*. Instituto Libertad y Democracia. Séptima Edición. Lima, 1987. 317 Págs.

⁴⁹⁸ Vargas Llosa, Mario. Prólogo a *El Otro Sendero*. Ob. Cit..

reglamentarista que antepone el principio de la redistribución al de la producción de la riqueza, entendiendo por “redistribución” la concesión de privilegios y monopolios a pequeñas élites privadas que dependen de él y de las que también es dependiente”⁴⁹⁹.

El discurso liberal caló en los años venideros, y se materializó en un complejo proceso político y en políticas económicas que se han mantenido con ciertos matices hasta la fecha. Pasados algunos años, hay quienes han revisado qué ha significado la instrumentalización de las políticas de ajuste estructural en el Perú, reflexionando sobre si significaron un avance para el país o, por el contrario, se convirtieron en un factor para acentuar los añejos problemas nacionales.

Para los fines de esta investigación, hemos analizado la visión optimista para apreciar el nivel de internalización de la propuesta Liberal como mentalidad social; visión que considera que la aplicación de este Paradigma ha significado un avance para el país. Partiendo de la crítica al régimen Militar que gobernó en la década del 70, se indica éste gobierno y su continuismo en los ochenta, significaron que el Perú perdiera más de 30 años. Así se afirma que los cambios efectuados en los noventa han permitido acabar con algunos mitos de desarrollo, delineando uno nuevo⁵⁰⁰, tales como la redistribución económica y territorial de los privilegios, existe una nueva industria exportadora, y se ha reducido la brecha entre Lima y las provincias; se ha reducido la desigualdad, por cuanto existe una mayor titulación, acceso al crédito, expansión de servicios, las AFPs como ahorro interno; se ha generado una nueva clase media, lo que se exterioriza en la emergencia de los conos de Lima; el agro, en especial el costeño atraviesa por una revolución agroindustrial; en la Selva se empiezan a producir y exportar productos con valor agregado, mientras que en la Sierra se asienta una nueva minería, resurge el agro y la artesanía; el turismo se constituye en un factor generador de ingresos; los grupos empresariales peruanos se han internacionalizado; y, en general, las políticas de los noventa han permitido la apertura y desarrollo de un nuevo ciclo de acumulación. Todo esto sustentado en datos estadísticos.

⁴⁹⁹ Vargas Llosa, Mario. *Prólogo a El Otro Sendero*. Ob. Cit. Pág. XXII

⁵⁰⁰ Para tener una visión panorámica de los cambios efectuados, ver: De Althaus, Jaime. *La Revolución Capitalista en el Perú*. Fondo de Cultura Económica. Lima, 2007. 333 Págs.

i. El problema del Derecho en el Paradigma del Consenso de Washington-Neoliberal. El Período de Transición

En este proceso económico y político por el que atraviesa el país, el Derecho se convirtió en uno de los elementos centrales de preocupación, no sólo desde ahora, sino desde la década de los ochenta. Al respecto, en 1987 se indicaba que “Nunca antes tanta gente honesta y trabajadora, con la que realizamos los más vastos y diversos tipos de transacciones, ya sea al subir a un ómnibus o al comprar una lata de conservas, ha desobedecido la ley y vivido pacíficamente al margen de ella. Casi la mitad de las viviendas de Lima está al margen del Código Civil y de los Registros Públicos; un porcentaje semejante del transporte colectivo se desarrolla pacíficamente fuera de lo dispuesto en las numerosas normas que existen al respecto (...) Y es que, no obstante que la Constitución Política del Perú entró en vigencia apenas en 1980, y el nuevo Código Civil en 1984, nunca antes el desprestigio social de la ley (...) ha sido tan bajo en nuestro país...”⁵⁰¹; lo preocupante es que “desde 1950 se ha vivido, quizás, la etapa más prolífica en materia de promulgación de los más diversos dispositivos legales, Constitución, Códigos, leyes orgánicas...”⁵⁰².

El análisis expuesto, sólo desarrollaba la idea del Derecho planteada en “El Otro Sendero”, donde se precisaba que las investigaciones del Instituto Libertad y Democracia habían confirmado la importancia del Derecho “para determinar la eficiencia de las actividades económicas que regula”⁵⁰³, clasificando a las leyes en “buenas” y “malas”. La Ley era “buena” si garantizaba y facilitaba la eficiencia; y, era “mala”, si la perturbaba o la impedía totalmente, concluyendo en que en el Perú las leyes eran predominantemente malas “porque quienes las elaboraron no tuvieron en cuenta los costos que ellas entrañaban y la manera en que sofocaban la actividad económica”⁵⁰⁴; por lo que el Derecho es un condicionante del desarrollo⁵⁰⁵.

Este criterio fue reiterado en el año 2000, donde se planteaba como tesis que “lo que da a las personas oportunidad de escapar de la pobreza y crear riqueza es la

⁵⁰¹ Mac Lean, Roberto. “*El Otro Sendero y el Derecho*”. En: THEMIS, Revista de Derecho. Segunda época/1987/Nº 8. Pág. 11.

⁵⁰² Mac Lean, Roberto. “*El Otro Sendero y el Derecho*”. Ob. Cit. Pág. 11.

⁵⁰³ De Soto, Hernando. *El Otro Sendero*. Cit. Pág. 172.

⁵⁰⁴ De Soto, Hernando. *El Otro Sendero*. Cit. Pág. 231.

⁵⁰⁵ De Soto, Hernando. *El Otro Sendero*. Cit. Pág. 225.

integración de su contrato social a las leyes de su país”⁵⁰⁶, donde “la riqueza de las naciones dependerá, en términos generales, de la capacidad de sus líderes para crear órdenes legales que reflejen y articulen adecuadamente el contrato social de sus pueblos”⁵⁰⁷, todo esto en un contexto en el que se asume que el ‘capitalismo queda como la única forma viable de organizar racionalmente una economía moderna’⁵⁰⁸.

Si tomamos en cuenta lo expuesto en cuanto al desarrollo del capitalismo en el Perú en los últimos 15 años, y las modificaciones normativas efectuadas en diversos ámbitos de la economía, podríamos concluir en que el problema legal, a pesar de ser criticado, aún no se ha convertido en obstáculo para el desarrollo del mismo. Pero en el contexto de nuestras hipótesis este hecho sólo se estaría produciendo en el ámbito de las relaciones contractuales privadas, pero no en la relación contractual estatal, donde la normativa si se ha convertido en un factor que bloque el proceso de distribución que efectúa el Estado a través de las contrataciones y adquisiciones.

Esta idea, que anima nuestra investigación, se podría deber no tanto a la vocación de la clase política por promulgar normas que atentan contra el nuevo proceso de acumulación. Esta consideramos puede ser una explicación parcial de la problemática planteada. En nuestra opinión, esta situación se debería a que nos encontramos en una coyuntura de cambio de Paradigma, o período de transición, donde criterios jurídicos del pasado siguen vigentes, a pesar de las modificaciones por la que atraviesa la economía.

En este contexto, al ser las contrataciones y adquisiciones del Estado un espacio privilegiado de realización de la mercancía, por la materialidad de las transacciones que en él se efectúan, y al existir la autonomía de la Administración frente al proceso económico, se viabiliza el mantenimiento de normas que corresponden a paradigmas anteriores, con lo que el espíritu del pasado siguen vigente. En los capítulos que siguen, a través de la contrastación de nuestras hipótesis, explicitaremos esta idea.

⁵⁰⁶ Schmidheiny, Stephan. *Prólogo al El Misterio del Capital de Hernando De Soto*. Empresa Editora El Comercio. Lima, 2000. 287 Págs.

⁵⁰⁷ Schmidheiny, Stephan. *Prólogo al El Misterio del Capital*. Ob. Cit. Pág. 24.

⁵⁰⁸ De Soto, Hernando. *El Misterio del Capital*. Ob. Cit. Capítulo 1.

SEXTA PARTE
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN
DE RESULTADOS

CAPÍTULO I

EL DESENCUENTRO DE LOS

PARADIGMAS JURÍDICO-

ADMINISTRATIVOS CON LOS

PARADIGMAS POLÍTICO-

ECONÓMICOS Y SUS EFECTOS EN

LA NORMATIVA DE

CONTRATACIONES

I. HIPÓTESIS, CRITERIOS Y DEFINICIONES GENERALES PARA LA CONTRASTACIÓN

I.1. Hipótesis

“La excesiva regulación de las contrataciones y adquisiciones estatales y la volatilidad de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se debe al desencuentro de los paradigmas jurídico-administrativos con los paradigmas político-económicos”

I.2. Criterios y definiciones generales para la contrastación

Establecido el marco teórico e histórico de los paradigmas corresponde, metodológicamente y en el camino de contrastación de nuestra primera hipótesis, ubicarnos en la discusión histórico-jurídica de las contrataciones estatales en el Perú. Por ello, teniendo como contexto a dichos paradigmas y la evolución de las políticas económicas y de la organización estatal, seguidamente analizaremos el devenir de las normas vinculadas a las contrataciones y adquisiciones del Estado Peruano, reflexión que nos plantearemos a partir de una interrogante que trasciende la especificidad temática y que se desenvuelve en el universo de los contratos administrativos, por cuanto al hallarse las contrataciones y adquisiciones inmersas en él, la comprensión del primero nos permitirá abordar de mejor forma al segundo. En razón de lo expuesto, la interrogante la sistematizamos en los términos siguientes *¿Cómo ha contratado el Estado Peruano a lo largo de su historia?*

Para la respuesta seguiremos, con algunas pequeñas variantes en los subtítulos, la misma periodización que utilizamos cuando tratamos sobre los paradigmas en el Perú; reiteración que hacemos a fin de no afectar el orden expositivo, y por ende la coherencia de la investigación.

II. LA INDEPENDENCIA, LAS LEYES DE INDIAS, LA CONSTITUCIÓN DE CADIZ Y LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Tal como manifestábamos en la primera parte de esta investigación, para el Perú la Independencia fue un trance difícil. Su condición de centro del poder colonial y de sociedad estamental, la crisis de mentalidades que se estaba procesando en razón de los encuentros y desencuentros de paradigmas que se confrontaban en América Latina y el actuar contradictorio de los actores políticos que eran liberales de palabra y conservadores de hecho, condujo a la configuración de conductas ambivalentes.

La inconsistencia ideológico-política de quienes eran los llamados a relevar a los hispanos, se proyectó en los discursos políticos y en el actuar. La falta de capacidad para configurar una propuesta hegemónica permitió el protagonismo de los caudillos militares, con lo que se frustró la posibilidad de dar estabilidad a la naciente República.

De acuerdo con este marco histórico y teórico, desde la Independencia en 1821 hasta el ocaso de la República Aristocrática en 1919, en el Perú se instaló un Estado Liberal que se caracterizaba, según el Paradigma correspondiente, por no intervenir en la economía y por no regular en exceso la vida pública; discurso Liberal que coexistía con la vigencia de la tradición colonial, situación que exteriorizaba un cruce de paradigmas propio de un estadio de transición a decir de Poulantzas⁵⁰⁹.

Si esto es cierto, nuestra contrastación nos debería permitir establecer la coexistencia en el ámbito de las contrataciones y adquisiciones estatales del espíritu jurídico Colonial y Liberal. Por ello, como paso previo al estudio de la evolución normativa, presentaremos algunos Órganos y procedimientos coloniales utilizados en las contrataciones estatales, tales como la Almoneda y la Junta de Almoneda y los Remates, a efectos de determinar si fueron funcionales a la ejecución del gasto de la República Decimonónica.

⁵⁰⁹ Ver: Poulantzas, Nicos. *Poder Político y Clases Sociales en el Estado Capitalista*. Cit.

II.1. Las Leyes de Indias, y la Almoneda y la Junta de Almoneda

La Almoneda es un procedimiento administrativo antiguo utilizado para la adquisición por parte del Estado de bienes o servicios, el cual se desarrollaba en acto público y sobre la base de la libre competencia de postores; procedimiento que podía ser utilizado en la Licitación Pública. Francisco García Calderón⁵¹⁰ la definía como “La venta pública que se hace con intervención de la justicia, adjudicándola al que ofrece mayor precio”⁵¹¹, la misma que era ejecutada por la Junta de Almoneda, Órgano que tenía por objeto “hacer las ventas y arrendamiento de los bienes del Fisco, **los contratos de obras públicas, etc.**”⁵¹².

Los orígenes de la Almoneda en el Perú se encuentran en el Título XXV del Libro VIII de las Leyes de Indias, entre las leyes primeras y octava las cuales regulaban lo referente a la organización y funcionamiento de la Junta de Almoneda. Así, en la Ley segunda se indicaba en español antiguo que *“Las almonedas que se huvieren de hazer de los tributos, y hazienda nueftra (aunque fea procedida de prefas de guerra) afsiften perfonalmente todos nueftros Oficiales, como eftá ordenado, y vn Oidor, y nueftro Fifcal, donde huviere Audiencia, y fi no la huviere, el Governador, ó lufticia mayor de la Ciudad, Vila, ó Lugar, donde los tributos, y otras cofas fe vendieren, y precifamente fe haga en la pla a publica, ante Efcrivano, y el Contador, con vn libro, en que afsienten por fu orden, con dia, mes, y año, los remates, en qué perfonas, y cantidad, declarando lo que fe remata, y firmen la partida el Oidor, y Fifcal, ó Lufticia, y todos nuestros Oficiales ...”*.

En el “Diccionario de la Legislación Peruana”, Francisco García Calderón efectúa una traducción de lo dispuesto en las Leyes de Indias respecto de las Almonedas indicando que ellas establecían que:

“Toda venta de bienes pertenecientes al Fisco, debe hacerse ante la junta de almonedas en el mayor precio posible. Si las cosas que han de venderse son de aquellas que sufren menoscabo, se debe cuidar de venderlas, dándoles siempre la

⁵¹⁰ García Calderón, Francisco. *Diccionario de la Legislación Peruana*. Segunda Edición. Lima, 1879. 1845 Págs.

⁵¹¹ García Calderón, Francisco. *Diccionario de la Legislación Peruana*. Ob. Cit. Tomo I. 933 Págs. Pág. 104.

⁵¹² García Calderón, Francisco. *Diccionario de la Legislación Peruana*. Ob. Cit. Tomo I. 933 Págs. Pág. 104.

mayor estimación posible, aunque se hayan deteriorado desde que fueron tasadas (Ley 1ª Tít. 25 Lib. 8º).

Los miembros de la Junta deben asistir personalmente. La venta se hace ante Escribano; y se debe llevar un Libro en que se asienten por su orden los remates, con expresión del día, mes y año, personas que remataron, cosa rematada, y la cantidad dada por ella. Estas partidas deben ser firmadas por el Vocal, Fiscal y demás asistentes, antes de retirarse. En caso contrario hay nulidad. (Ley 2ª id. Id.).

Debe consentir en los remates la mayoría de los que componen la Junta, aunque el Vocal sea de diverso proceder. Es indispensable la presencia del Fiscal; pues sin ella no se puede vender ninguna cosa. (Ley 3ª id. Id.)

Los Fiscales propietarios son los que deben concurrir á las Almonedas (Ley 4ª . id. id.).

Los Escribanos no pueden hacer los asientos de las ventas y remates, en papeles sueltos, sino en los libros destinados á este objeto. (Ley 5ª. Id. id.)

Las ventas y remates deben hacerse al contado. Puede también concederse lazos para el pago del precio; pero se debe excusar en cuanto sea posible, rematar los bienes á plazos largos y dilatados; á no ser que falte comprador en otra forma, ó el precio sea tan superior, que recompense con muchas ventajas los intereses de la retardación (Ley 6ª. Id. id.) ...”

En cuanto a las Obras Públicas tenemos que en el Título XVI del Libro IV de las Leyes de Indias, que se refería a las Obras Públicas, establecía el procedimiento que se debía seguir para la contratación de las mismas; procedimiento que también citamos en el español antiguo, *“Los Virreyes, ó Prefidétes Governadores fe informen fi en fus distritos es neceffario hazer, y facilitar los caminos, fabricar, y aderezar las puentes, hallando, que conviene algunas de eftas obras para el comercio, hagan taffar el cofto, y repartimiento entre los que recibieren el beneficio”*. En la Ley i indicaban que *“ORDENAMOS, Que quando conviniere hazer alguna obra, ó edificio público en Ciudad donde refidiere alguna de nueftras Audiencias, concurren para tratar, y acordar fobre la necesidad, cofta, y efectos, el*

Presidente, ó el Oidor mas antiguo en gobierno de Audiencia, y la Iufticia, y Regimiento, y afsi juntos, y no de otras forma, confieran y refuelvan los que convenga, y el Prefidente tenga efpecial cuidado de lo que fe diftribuyere en los gaftos, y hazer, que fe tome cuenta de ellos en cada vn año, y acabada la obra". Si tuviéramos que establecer el procedimiento glosado diríamos lo siguiente: La ejecución de obras era determinada por el titular del poder legal, virreyes o presidentes gobernadores, quienes después de ubicada la obra a ejecutar debían proceder a fijar el costo, el mismo que era asumido por los beneficiarios de la Obra, por otro lado indicaban también que cuando se trataba de una Obra en alguna ciudad donde estuviera situada alguna Audiencia, el Presidente o el Oidor más antiguo de la Audiencia debía definir la Obra a ejecutar y el costo de la misma, correspondiendo al Presidente el control del gasto.

En ambos casos estamos ante órganos encargados de definir las contrataciones. No se trataba de una decisión personal o unilateral, sino que en el proceso de toma de decisiones participaba un colectivo. Pero esta situación se modificó en el siglo XIX.

II.1.1. Los Remates, las Subastas y la Licitación

Antes de avanzar en el desarrollo expositivo de la investigación queremos precisar que durante la Edad Media y los siglos subsiguientes, la Licitación tenía entre otras denominaciones Subasta o remate, por lo que en muchos casos el término Remate o Subasta significaba en realidad lo que hoy es una Licitación. Se utilizaban como sinónimos.

II.2. La Constitución de Cádiz

Conjuntamente con las Leyes de Indias, se tuvo también la Constitución de Cádiz de 1812, la que en su Artículo 171º, en la Duodécima facultad del Rey establecía que este podía *"Decretar la inversión a cada uno de los ramos de la administración pública"*; disposición con la que se incrementaba la discrecionalidad del gasto del Titular del Poder y que se proyectaría en el esquema organizativo de la emergente administración.

III. LA COYUNTURA DE 1821 A 1919. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL DESENCUENTRO ENTRE LIBERALES Y AUTORITARIOS Y ENTRE EL DISCURSO LIBERAL Y EL ESPÍRITU COLONIAL

En este contexto, el proceso de independencia encontró al país entre dos normas jurídicas que regulaban distintos ámbitos de la vida social, estando entre ellas las relacionadas con las contrataciones administrativas. Así, se tenía por un lado, a las Leyes de Indias, y por el otro, a la Constitución de Cádiz de 1812. Ambas de influencia real en el Perú y el resto de América Latina. Una Colonial, y el otro producto de la Ilustración del Siglo XVIII, pero ambas, desde racionalidades distintas, articuladas al discurso liberal. A decir de Jorge Basadre, al iniciarse la República, el Perú se caracterizaba por tener una “organización administrativa formalista, en la que los ropajes republicanos cubrían a veces la realidad de la tradición colonial”⁵¹³; la relación contradictoria propia de un Paradigma de Transición y que inevitablemente se proyectaría en el Derecho.

En este orden tenemos que en los albores de la independencia, la naciente República tenía estos dos procedimientos para contratar, el primero el de decidir mediante la reunión de autoridades que tenían representación real; y el segundo, que concentraba la decisión en manos del Monarca. Ambos se desarrollaron en los años subsiguientes en normas diversas, a veces desplazándose, en otras coexistiendo.

III.1.1. La Modernización frustrada de las contrataciones estatales en la coyuntura 1821-1826

En el Estatuto de Huaura de febrero de 1821 no se hizo referencia al gasto, sólo se mencionó en el Artículo 7° que en cada departamento habría un Agente Fiscal encargado de “promover la prosperidad”. Asimismo, en el Artículo 2° de la Sección Quinta del Estatuto Provisional de octubre de 1821 se estableció que los presidentes de los departamentos tenían como atribución “promover la prosperidad de la hacienda del Estado, celando escrupulosamente la conducta de los empleados...”. En ambos casos no se hacía referencia a procedimiento alguno, por lo que es de presumir que se continuó con el trámite colonial. En esta

⁵¹³ Basadre, Jorge. *Historia de la República del Perú*. Séptima Edición. Tomo I. Editorial Universitaria. Lima, 1983. 284 Págs. Pág. 134.

vigencia de la vida colonial tenemos que el 1 de setiembre de 1823, el Presidente José Bernardo Tagle promulgó una norma referida al ornato y aseo de la Ciudad, la misma que recogió el ideario de la Ley de Indias, por cuanto en ella se indicaba que el pago del servicio sería bajo el procedimiento siguiente: El servicio se financiaba en parte con obras de Teatro⁵¹⁴ y los operarios necesarios para la prestación del servicio “se proporcionarán de los pueblos inmediatos por el presidente del departamento, por cuyo conducto deben correr también los gatos de la obra”.

Luego vino la Constitución de 1823, que reemplazó al Estatuto de San Martín, en cuyo Artículo 80° se indicaba, siguiendo el espíritu de la Constitución de Cádiz y de lo establecido en el Estatuto de Huaura y en el Estatuto Provisional, que entre las facultades exclusivas del Presidente de la República estaba la de “Decretar la inversión de los caudales destinados por el Congreso a los diversos ramos de la Administración Pública”.

En 1825 se produjo el primer intento de modernizar el sistema de contratación pública heredado de la Colonia. Así, el 09 de agosto de 1825, mediante Decreto de la misma fecha, se dispuso que los Prefectos de Departamento debieran ejercer “todas las funciones económicas de Hacienda que en el régimen anterior correspondían a los Intendentes”⁵¹⁵. El Prefecto sustituía al Intendente⁵¹⁶.

En este marco de institucionalización de la Administración Pública, por Decreto de fecha 12 de agosto de 1825 se centralizaron las rentas públicas en la Hacienda Pública y mediante Decreto de fecha 18 de noviembre de 1825 se quiso romper con la tradición jurídica colonial en materia de contrataciones y adquisiciones, la misma que se había desenvuelto al amparo de la figura jurídica del Remate, así en los considerandos del Decreto en mención se indicaba *“Que el antiguo sistema de remates, si favorece los intereses del erario por una parte, ocasiona á los ciudadanos resultados ruinosos por otra; exitando entre ellos celos, rivalidades. Y pérdidas, que al fin vienen á refluir contra la causa pública, debiendo abolirse por este motivo, y adoptarse en consecuencia otro método que consulte el mayor bien*

⁵¹⁴ Artículo 3°.

⁵¹⁵ Ver: Oviedo, Juan. *Colección de leyes, decretos y órdenes en el Perú desde el año 1821 hasta el 31 de diciembre de 1859*. Tomo I. Ministerio de Hacienda y Comercio.. Lima, 1879. 494 Págs. Pág. 250.

⁵¹⁶ La figura del Intendente había sido creada por las reformas Borbónicas. Eran funcionarios que concentraban un significativo poder local en el ámbito judicial y económico.

y decoro de la nación”, en este orden se decretaba que quedaba “sin efecto, de hoy en adelante, el método de remate por posturas y pujas, en toda clase de bienes, obras, provisiones y empresas de la pertenencia del Estado”. Pero a la vez que se dejaba sin efecto el método Colonial del Remate, se establecía el siguiente procedimiento de contratación estatal:

- “2. Los que quieran tomarlas á su cargo entregarán sus proposiciones cerradas y selladas á los jueces, ó juntas establecidas, debiendo abrirse por estas en un día y hora señalados con anterioridad y á presencia de todos los interesados.
3. Leídas las proposiciones, comparadas y discutidas serán admitidas por la junta, á pluralidad absoluta, las que fueren más ventajosas al estado en su resultado total.
4. Consecutivamente se presentarán aquellas al Gobierno, con las observaciones oportunas para su aprobación; y devueltas por este á la junta ó funcionarios, á quienes corresponda, se otorgarán las escrituras, con las seguridades correspondientes.
5. Al mismo tiempo que se presenten las proposiciones cerradas, se anunciarán igualmente las garantías que se ofrezcan con designación de una pena convencional para el caso de hacerse ilusorias al tiempo de celebrarse las estipulaciones.
6. Por ningún evento se dejarán de anunciar con anticipación en los papeles públicos, ó por carteles, los objetos que han de rematarse; especificando en ellos sus valores, y dando una breve idea (si se creyere necesaria) de las bases y condiciones, bajo de las cuales deban ser calculadas por los especuladores.
7. El ministro de estado en el departamento de hacienda queda encargado de la ejecución de este decreto”⁵¹⁷.

Este procedimiento constituía un avance respecto del anterior, por cuanto era la configuración de un proceso de selección. Pero lo contradictorio de la coyuntura haría que el pasado siga presente.

⁵¹⁷ Ver: Santos de Quiróz, Mariano. *Colección de leyes, decretos y órdenes en el Perú desde se Independencia en el año 1821 hasta el 31 de diciembre de 1830*. Tomo II. Imprenta José Masías. Lima, 1832. 561 Pág. Pág. 181.

Para 1826 el país contaba con una nueva Constitución Política, la que mantuvo y amplió el espíritu de la Constitución de 1823 y la de Cádiz de 1812 en lo referente a las atribuciones del Presidente por cuanto además de tratar sobre la Ejecución del Gasto, incluía el tema de la recaudación. Así en el Artículo 83° se indicaba, a diferencia de la Constitución de 1823, que constituía atribución exclusiva del Presidente, cuidar la recaudación e inversión de las recaudaciones.

En el marco del nuevo ordenamiento jurídico-político, y luego de casi dos años de vigencia, por Decreto de fecha 03 de octubre de 1827 se dejó sin efecto el Decreto de fecha 18 de noviembre de 1825 que regulaba los remates con lo que recobraba vigencia el vetusto sistema de Remates. En el Decreto derogatorio se indicaba “Que la observancia del Decreto de fecha 11 de noviembre de 1825, relativo al método que debía seguirse en los remates, resultan mayores inconvenientes, que del sistema antiguo, y que abre la puerta a muchos fraudes”, por lo que se decretaba la derogatoria del Decreto en mención y se indicaba que quedaban “en vigor y fuerza las leyes que regulan los remates”⁵¹⁸. Con esta disposición la modernización se frustraba y el país volvía al siglo XVIII.

III.1.2. La vigencia de los procedimientos contradictorios en el período 1828-1844. Entre la Ley de Indias y la Constitución de Cádiz.

En la Constitución Política de 1828 se mantuvo el mismo criterio establecido en las Constituciones anteriores respecto de las compras públicas donde la decisión final correspondía al Titular del Poder. Así, en setiembre de 1829 se promulgó la primera Ley que asumía a las contrataciones del Estado como política pública, por cuanto mediante ella el Vicepresidente de la República, encargado del mando provisorio del país, General Antonio Gutiérrez de La Fuente, dispuso que para la confección de los uniformes del ejército se prefiriera las telas producidas en el país que a las extranjeras; norma que no establecía procedimiento alguno para las compras.

Por otro lado tenemos que en el marco del proceso de consolidación de la figura presidencial y en el de revalorización y adaptación a las nuevas circunstancias de las prácticas y organización colonial tenemos que por Decreto de fecha 28 de

⁵¹⁸ Ver: Santos de Quiróz, Mariano. *Colección de leyes, decretos y órdenes en el Perú desde se Independencia en el año 1821 hasta el 31 de diciembre de 1830*. Tomo II. Ob. Cit. Pág. 487.

febrero de 1830 se determinaron las atribuciones de los Prefectos y Gobernadores, otorgándoles a los Prefectos, como representantes del Presidente de la República, atribuciones económicas y de determinación y ejecución de obras⁵¹⁹. En octubre de 1830, en el Decreto de fecha 11 de octubre se precisó respecto a quien correspondía presidir la Junta de Almoneda en caso de ausencia del Prefecto. Así se indicaba que “debe presidirla el Prefecto del Departamento respectivo, y el Sub Prefecto, cuando haga las veces de aquél. Si el Prefecto no concurre por algún incidente momentáneo o accidental, no puede presidir el Sub Prefecto, ni aún asistir; y entonces toca la presidencia al Vocal de la Corte que debe asistir á esa Junta”.

En este contexto tenemos que al finalizar 1830 el Prefecto presidía la Junta de Almoneda que se encargaba de determinar la ejecución de obras. ¿Cómo se desarrolló esta organización en el ámbito de las contrataciones públicas? Veamos algunos ejemplos: Mediante Ley del 22 de octubre de 1833 se dispuso el otorgamiento de una cantidad de dinero para la reconstrucción de Arica, Ciudad que había sido afectada por un terremoto, disponiéndose en la misma norma que el Subprefecto de la Provincia “cele sobre la legítima inversión, y presente oportunamente donde corresponda la cuenta documentada de ella”. Con esta disposición el citado Funcionario tenía una discrecionalidad ilimitada para gastar, sin fecha cierta para rendir cuentas. Por otro lado, el 20 de marzo de 1834 se promulgó la Ley referida a la construcción de un camino de fierro entre Lima y el Callao, la misma que hace referencia a un procedimiento para seleccionar el ejecutor de la obra y la forma de pago de la misma. Así, en los considerandos se refería a que el 30 de octubre de 1833 se publicó en el *Conciliador* la convocatoria pública para la construcción del camino en mención, a la que sólo se había presentado un postor, con una propuesta que el Gobierno consideraba ventajosa, por lo que se decretaba que **el Empresario ganador prestara el dinero para la construcción del camino**, el mismo que se pagaría con el pago del “muellaje y peaje” y que la obra “se hará á satisfacción del Gobierno que siempre lo crea conveniente la inspeccionará o nombrará peritos para que la inspeccionen (...)

⁵¹⁹ Ver: Oviedo, Juan. *Colección de leyes, decretos y órdenes en el Perú desde el año 1821 hasta el 31 de diciembre de 1859*. Cit. Pág. 258.

Cuando esté concluida se rembolsará el empresario de los veinte mil pesos (20,000 ps.) que adelanta con sus réditos correspondientes, y se le abonará por premio veinte y cinco por ciento de lo que se hubiese gastado”, asimismo se indicaba que “El empresario trabajará como artesano en la obra...”. Posteriormente, mediante Decreto de fecha 24 de julio de 1834 se autorizó el cobro de *Peage* (Peaje) por el funcionamiento del camino, Contrato que fue dejado sin efecto por disposición del Presidente Felipe Santiago Salaverry mediante Ley de fecha 26 de febrero de 1835. La norma que hace referencia a lo que hoy sería una Concesión, establecía un procedimiento que más se aproximaba al de las Leyes de Indias.

En junio de 1834 el país tuvo una nueva Constitución Política, la cual reiteraba lo establecido en las anteriores constituciones respecto de la obligación que tenía el Poder Ejecutivo de cuidar la recaudación e inversión, pero a la vez, en su Artículo 172° hacía referencia a las inversiones ordenadas por Ley, con lo que vinculaba inversión a legislación positiva. En este mismo año, y mediante Ley de fecha 23 de diciembre el Estado Peruano estableció otro procedimiento para seleccionar a quien construiría los almacenes del Puerto del Callao, en esta ocasión se hacía referencia al procedimiento de Remate, que no era otra cosa que un procedimiento de Licitación. Así en la norma en mención se indicaba que:

- “Art. 1. Las personas que quieran entrar en la empresa de construir los almacenes conforme al diseño que se les presente, harán sus propuestas al ministerio del despacho en el perentorio término de un mes.
- Art. 2. Vencido este, se pasarán á la Tesorería General para que proceda al remate, dando previo aviso del día en que ha de verificarse.
- Art. 3. Cada propuesta que se haga contendrá el tiempo en que debe concluirse la fábrica de los almacenes y el ramo ó ramos de que los licitadores deban reintegrarse”.

En el caso de bienes tenemos que en 1836, por Decreto de fecha 25 de agosto se restituyó al Prefecto de Lima, entre otras, la atribución de efectuar “gastos de

escritorio”; norma que nos permite concluir que para casos de ejecución del gasto en el caso de bienes se requería de una autorización previa.

Pero en 1837 se estableció un procedimiento distinto en el que se obviaba a la Junta de Almoneda, tal como se consignó en la Ley de fecha 22 de noviembre la que dispuso la ejecución de obras en la Ciudad de Arequipa en homenaje a la “Paz de Paucarpata”, norma donde se indicaba que la propuesta de la obra a ejecutar estaría a cargo del Prefecto y de una “comisión de individuos respetables é inteligentes”, correspondiendo al Secretario del Presidente ejecutar la obra. En este mismo año, y con idéntico criterio, por Ley de fecha 22 de noviembre de 1837 se dispuso la construcción de un Hospital en la Ciudad de Camaná, para lo que se determinó que las rentas destinadas a la construcción estarían a cargo de un ecónomo, el que sería nombrado por el juez de paz de la población, el cesante, el síndico de la ciudad y el párroco, Comisión a la que cada seis meses debería dar cuenta de la ejecución del gasto. En ambos casos estábamos ante un procedimiento que otorgaba amplia discrecionalidad a los funcionarios y ciudadanos que participaban en la selección y ejecución de la obra que obviaban a la Junta de Almoneda, pero que además no eran idénticos.

En 1838, mediante Ordenanza de la misma fecha, se dispuso la participación de particulares en la provisión de bienes y servicios al Estado indicando “Que todas las obras de talabatería, herrería, ojalatería, y cualesquiera otras que ocurran, se hagan por contratos particulares aprobados por el Gobierno en vista de informes de U.S. y su respectivo examen”. Asimismo se indicaba “que la comisaría del ramo ejerza sus funciones fiscales, intervenga en los contratos, perciba de tesorería las cantidades que se libren, haga los pagamentos y tenga á su cargo la cuenta y razón, y las demás atribuciones de la Ordenanza”⁵²⁰.

Para 1839 el país ya contaba con una nueva Constitución Política, en cuyo Artículo 87° se reiteró el criterio vigente en anteriores constituciones respecto de las atribuciones del Presidente de la República, entre las que se encontraba la de cuidar “de la recaudación⁵²¹ e inversión de los fondos de la hacienda nacional”. En

⁵²⁰ Ver: Oviedo, Juan. *Colección de leyes, decretos y órdenes en el Perú desde el año 1821 hasta el 31 de diciembre de 1859*. Cit. Tomo XIV. 417 Págs. Pág. 281.

⁵²¹ Nieto, Juan Crisóstomo. *Colección de leyes, decretos y órdenes de la República del Perú*. Tomo 8. Imprenta de la Colección, Lima, 1852. 405 Págs. Pág. 170.

mayo de 1839, por Decreto de fecha 24, se ratificó el rol de la Junta de Almoneda en las contrataciones públicas por cuanto se dispuso que ninguna obra para el Gobierno podría hacerse sin que antes se celebre el Contrato ante la Junta de Almoneda, indicándose también en dicha norma que era responsabilidad de los administradores de las tesorerías el pago que efectuaran sin cumplir con dicho requisito⁵²².

En 1841, por Decreto de fecha 20 de agosto, se volvía a tratar sobre la Junta de Almoneda indicando que la conformación de estas debía hacerse de acuerdo con lo establecido en el Artículo 152° de la Ordenanza de Intendentes, la misma que se encontraba vigente y que disponía que la Junta de Almoneda en las capitales de departamentos “se componga del Intendente (hoy Prefecto), que la ha de presidir; un Oidor de la Audiencia, hoy Vocal de la Corte Superior; del Fiscal y del Contador o Administrador del Tesoro Público. En las provincias o lugares donde no haya Corte Superior de Justicia, la Junta de Almoneda debe componerse del Prefecto del Departamento, si se halla presente ó del Sub Prefecto de la Provincia, del Juez de Primera Instancia, del Tesorero o del que haga sus veces y del Agente Fiscal, si lo hay”⁵²³.

III.1.3. El ordenamiento de las contrataciones públicas en el marco de la Ley de Indias. La forma en que se contrató en la coyuntura 1845-1879

Algunos años más tarde, en 1845, por Circular a los Prefectos de fecha 08 de julio del mismo año, el Presidente de la República dio instrucciones a los Prefectos respecto del procedimiento a seguir para la ejecución de obras. En la Circular en mención se indicaba que “En cualquier Obra del Estado que se emprenda, ó en cualquier refacción o reparación de edificios públicos en que deban invertirse las rentas nacionales, es necesario que haya toda la seguridad posible de que esta justamente calculado el respectivo presupuesto (...) para que pueda seguirse en todos los casos una marcha arreglada en la inversión de los caudales públicos deberá, US, cuando haya de consultar alguna obra de la clase indicada, mandar hacer los reconocimientos previos sobre la necesidad y otras circunstancias de

⁵²² Ver: García Calderón. *Diccionario de la Legislación Peruana*. Cit. Pág. 105.

⁵²³ Ver: García Calderón. *Diccionario de la Legislación Peruana*. Cit. Pág. 104.

ella con sus peritos, en lugar de uno que hasta ahora se ha acostumbrado emplear, guardando esta formalidad en todos los ramos ó diversos objetos que puedan abrazar las que sean complicadas, y que el Presupuesto comprensivo de toda obra sea formado por dos personas de las que por su profesión, ó en clase de inteligentes, inspiren confianza para encomendarles esa operación”. Luego, el 21 de octubre de 1845, por Circular de la misma fecha el Presidente de la República dispuso que los Prefectos le informen trimestralmente sobre la ejecución de obras en su jurisdicción⁵²⁴. Disposiciones con las que se buscaba ordenar la ejecución de obras públicas.

Estando vigente este procedimiento, el 18 de noviembre de 1846, mediante Ley, se dispuso la construcción de un mercado de abastos en Lima, estableciéndose para tal efecto que el “tribunal del Consulado queda encargado de la dirección y gastos de esta obra”. Asimismo, en 1847, en la Ley del 10 de setiembre del mismo año, al disponerse la construcción de un Teatro en la ciudad de Lima, se estableció que el proceso debía cumplir con los requisitos siguientes: “Que se invite por medio de los periódicos á los que quieran emprender esta obra para que hagan sus propuestas á la Prefectura del departamento dentro de los ocho días, á fin de que esta con vista de las que se reunieren pueda formarse un concepto de la más ventajosa y útil y eleve al Gobierno con el correspondiente informe”, a la fecha esta modalidad podría denominarse concurso de proyectos. El 25 de noviembre del mismo año se autorizó al Prefecto de Moquegua la reconstrucción del Hospicio, la que debía ser efectuada bajo la modalidad de Subasta⁵²⁵. Pero el 09 de octubre de 1847 sucedió un hecho relevante para las contrataciones públicas, en aquella fecha el Congreso, absolviendo una Consulta del Ejecutivo, declaraba vigentes las disposiciones sobre Pujas en los remates, en los términos siguientes:

“Excmo. Sr.

⁵²⁴ Nieto, Juan Crisóstomo. *Colección de leyes, decretos y órdenes de la República del Perú*. Cit. Pág. 287.

⁵²⁵ Ver: Oviedo, Juan. *Colección de leyes, decretos y órdenes en el Perú desde el año 1821 hasta el 31 de diciembre de 1859*. Cit. Tomo XI. 884 Págs. Pág. 252.

El Congreso absolviendo la Consulta que el 7 de julio de 1845 le dirigió V.E. por conducto del Ministerio de Hacienda, sobre si las leyes 3ª y 9ª, Título 13, Libro 9 de las recopiladas de Castilla (Ley de Indias), se hallan o no vigentes;

Ha resuelto lo siguiente:

Que no estando expresamente derogadas, según lo dispone la Ley 11, Título 3º, Libro 3º de la Novísima recopilación, se declaran vigentes las referidas leyes 3ª y 9ª de la Novísima; que los juzgados y tribunales deberán arreglarse á ellas en las pujas de los remates, y que el primer licitador tiene derecho a exigir la cuarta parte del aumento en la Puja, deduciendo previamente la quinta que corresponde al ramo que subasta...”⁵²⁶. Con esta disposición se volvía a poner en cuestión los avances en la determinación de un procedimiento en las contrataciones estatales. En términos reales el país contaba a dicha fecha con varios procedimientos, pero con la opinión del Congreso se ratificaba la vigencia del procedimiento colonial establecido en la Ley de Indias.

Un caso especial lo constituye la Ley del 15 de febrero de 1848 promulgada a raíz de un cuestionado pago por la refacción de una pared cuando dicha obra no era de urgencia, en cuyos considerandos se puede establecer que en estos casos la autorización de la obra y ejecución del gasto se hacía con autorización del Prefecto y de la Junta de Hacienda; pero además, en la misma norma se estableció respecto de la ejecución de obras, el procedimiento siguiente: “1. Que ninguna obra pública deberá hacerse en lo sucesivo bajo la administración de los funcionarios públicos, sino que en virtud de orden expresa del Gobierno, que sólo se dará en el caso de que, después de avaluado su costo y sacada á remate público, no se hayan presentado postores; y 2. Que las juntas superiores de hacienda no pueden acordar gasto alguno sino en aquellos casos urgentes que no admiten la espera de tiempo que media entre la salida y el regreso de los correos”. En relación con este marco normativo tenemos que en 1849, mediante Ley de fecha 06 de agosto, se estableció en toda la República el derecho de <<Peaje>> para la composición y apertura de caminos, formación y refacción de puentes,

⁵²⁶ Dancuart, Emilio. *Anales de la Hacienda Pública en el Perú*. Imprenta de “La Revista”. Lima, 1907Tomo III. 233 Págs. Pág. 86.

calzadas, acueductos y otras servidumbres públicas⁵²⁷; y por Ley del 21 de diciembre del mismo año se establecieron los deberes de los Prefectos, entre los que estaban el de presidir las Juntas de Almoneda y las de Diezmos de su Departamento, “dando cuenta al Gobierno de los remates que se hicieren en aquellas, con los expedientes de la materia, para su aprobación”⁵²⁸.

En esta línea procedimental, el 4 de marzo de 1852 se dispuso para la ejecución de las obras para conducir agua a Tarapacá, que el Prefecto del departamento de Moquegua publique “los correspondientes avisos y fijando un plazo conveniente, proceda á recibir propuestas para la obra (...) partiendo de la base que suministra el presupuesto formado por la comisión”. Por otro lado, el 4 de junio del mismo año, debido a las obras que se realizaban en el Departamento de Junín, se dispuso que el Prefecto cuide “que se realicen las suscripciones (...) y de que se hagan las economías posibles”. Asimismo, el 20 de julio de 1852 se promulgó un Decreto por el que se disponía la ejecución de obras en la Provincia de Tarapacá, estableciéndose para tal efecto un procedimiento diferente al reseñado en el párrafo anterior; por cuanto se indicaba que visto el presupuesto alcanzado por el Prefecto de Moquegua se ponía a disposición de éste la suma de dinero requerida “debiendo el prefecto cuidar de la solidez y propiedad de estas obras y de que se hagan en ellas las posibles economías de las que dará cuenta”. Asimismo, el 16 de setiembre de 1852 se promulgó la Ley que permitía la ejecución de diversas obras públicas en Cañete, estableciéndose para tal efecto que el Prefecto del Departamento “mande sacar á remate estas obras ó las lleve á efecto del modo más conveniente en el caso de no haber postores, cuidando de la solidez y propiedad y de que se hagan las economías posibles de las que dará cuenta”; por otro lado, el 1 de octubre, refiriéndose a las obras a ejecutar en Puno, se dispuso que el Prefecto “mande hacer estas obras por remates ó contratos, ó del modo que sea más ventajoso (...) y que procure todas las economías posibles”. En el mismo año, mediante Aviso de Tesorería de fecha 26 de octubre de 1852 se convocó a Remate para la ejecución de la “Alameda de la Portada del Callao

⁵²⁷ Ver: Oviedo, Juan. *Colección de leyes, decretos y órdenes en el Perú desde el año 1821 hasta el 31 de diciembre de 1859*. Cit. Tomo XVI. 549 Págs. Pág. 56.

⁵²⁸ Dancuart. *Anales de la Hacienda Pública en el Perú*. Imprenta de “La Revista”. Cit. Tomo III. 233 Págs. Pág. 183.

hasta la Legua”⁵²⁹ y el 28 de octubre se convocó a remate en Subasta Pública para la construcción de un Acueducto en Chincha Alta. Posteriormente, por Ley del 2 de noviembre se dispuso que el Prefecto de Moquegua saque a remate la obra de prolongación del cauce del río de Tacna, y por Ley del 3 de noviembre de 1852, luego de la revisión de presupuesto alcanzado, se autorizó al Gobernador de Piura para que proceda a la construcción de 2 salones en la Ciudad de Piura. Pero en 1854, para la variación del cauce del río que cruzaba un mercado en la ciudad de Lima se presentó una propuesta que fue aceptada por Ley del 14 de octubre de 1854; norma en la que se estableció el procedimiento siguiente: El contratista se comprometía a ejecutar la obra según planos entregados por el Estado, para lo que éste se comprometía a abonar una determinada cantidad de dinero “en una letra contra la casa comercial de Antonio Gibbs é hijos de Londres”, siendo de cuenta del Empresario “la buena reparación de cualquier daño imprevisto que pueda resultar al tiempo de construir”, si vencido el plazo el contratista no hubiese concluido con la obra “se tasaré lo trabajado y deducido su valor (...) se cargará el uno por ciento mensual sobre la diferencia en razón de intereses “, si puesto en obra el nuevo canal “no satisfaciese” serán de cuenta del contratista “las obras y materiales que habrían de emplearse para que el tránsito público no sea obstruido”, “Si en el curso de la fábrica ocurriese alguna útil alteración á las condiciones estipuladas, no podrá hacerse sino después de una consulta al Gobierno”. En esta obra se agregaba un factor nuevo a las contrataciones públicas ya que se obligaba al contratista a otorgar las fianzas respectivas.

En los artículos 9° y 89° de la Constitución Política de 1856, se estableció un criterio restrictivo respecto del manejo de los fondos públicos. Así en el Artículo 9° se indicaba que la “ley fija los ingresos y egresos de la Nación y cualquiera cantidad exigida o invertida contra su tenor expreso, será de la responsabilidad solidaria del que lo ordena, del que lo ejecuta, y del que lo recibe, si no prueba su inculpabilidad”; disponiendo en el Artículo 89°, entre las atribuciones del Presidente de la República, la de “Dar las órdenes necesarias para la recaudación

⁵²⁹ Ver: Oviedo, Juna. *Colección de leyes, decretos y órdenes en el Perú desde el año 1821 hasta el 31 de diciembre de 1859*. Cit. Pág. 189.

e inversión de las rentas públicas con arreglo a la ley”. En este nuevo marco constitucional, el 24 de diciembre de 1856 se promulgó la “Ley Orgánica de las Juntas Departamentales” la que estableció como atribución de ésta la de declarar la necesidad y utilidad de una obra pública. Seguidamente, en 1857, por Ley de fecha 23 de marzo, se aprobó la “Ley de Caminos” la cual además de clasificar los caminos a construir, estableció los niveles de financiamiento de los mismos. Así precisaba la diferenciación entre caminos nacionales, departamentales y comunales, correspondiendo a los primeros ser costeados con fondos de la Nación y estar bajo la supervisión del Ministerio de Obras Públicas; los segundos, eran costeados por los departamentos, siendo supervisados por las Juntas Departamentales; y los terceros, eran apoyados por el Estado en su financiamiento, y debían ser supervisados por las municipalidades⁵³⁰.

Posteriormente, mediante Resolución Suprema del 1 de julio de 1859 el Poder Ejecutivo reiteró el criterio respecto de las limitaciones de los prefectos para efectuar gastos indicando que “Habiéndose mandado hacer últimamente por la Prefectura de Arequipa varios gastos extraordinarios, sin previa autorización suprema; y advirtiéndose, que algunos de los otros Prefectos han ordenado en varias ocasiones iguales gastos, se declara: que, con arreglo á leyes y supremas resoluciones vigentes, está prohibido á los Prefectos hacer, de propio acuerdo, gastos extraordinarios, y que serán responsables al Erario de las sumas á que dichos gastos ascendieron; pues, exceptuándose los que se hayan de verificar en propios que, por casos de urgencia, sean precisos mandar, les está vedado hacer cualquier otro sin precedente autorización del Gobierno”.

Pero a pesar de esta restricción y control del gasto, el 2 de agosto de 1859, a raíz de la ejecución de obras en Barranco y Chorrillos, por Decreto de dicha fecha se estableció como procedimiento que se conformara una Comisión encargada de dirigir, e impulsar las obras y que tenga bajo su responsabilidad la administración de los fondos destinados ella, lo que implicaba recibir e invertir de acuerdo a las cantidades que le entregara Tesorería, debiendo presentar mensualmente cuenta documentada de los gastos.

⁵³⁰ Puente Arnao, José Angulo. *Leyes, reglamentos y resoluciones de carácter general del Ministerio de Fomento y sus dependencias*. Imprenta La Industria. Lima, 1907. 358 Págs. Pág. 213.

La Constitución Política de 1860 reiteró lo dispuesto en la Constitución de 1856, por lo que no hubo mayor modificación al respecto, pero la normativa de contrataciones estatales siguió su marcha hacia el ordenamiento. En este orden tenemos que en 1861, mediante Decreto del 01 de octubre, el Presidente de la República dispuso respecto de la asignación de montos para gastos de imprenta, que la impresión “la arreglarán los Prefectos por contratas, consultando todos los ahorros posibles y abonarán los gastos que ocasione, de las sumas señaladas”; pero en 1867 mediante Resolución Legislativa del 12 de julio de 1867, el Congreso de la República dispuso respecto de la ejecución de obras en Ayaviri que los fondos para ejecutarlas “se entregarán a los tesoreros que nombren las municipalidades respectivas, bajo las correspondientes fianzas”, norma esta última que era contradictoria con el espíritu de la primera.

Para el año 1867, el país contaba con una nueva Constitución Política la misma que, al igual que la anterior, reiteraba lo dispuesto en precedentes documentos constitucionales, aunque en las normas de contrataciones se produjo un nuevo avance. Así tenemos que en el Decreto del 2 de enero de 1868, debido a la ejecución de obras en Arequipa, el Ejecutivo estableció como procedimiento para la ejecución del gasto que “La Municipalidad de Arequipa, presidida por el Prefecto, procederá inmediatamente á hacer formar por personas idóneas, el presupuesto de las obras (...) Tan luego como concluya la formación de cada presupuesto, la Municipalidad lo elevará al Gobierno con el respectivo informe, á fin de que se decrete lo conveniente para la realización de la obra.

Todas las obras (...) se sacarán á público remate; en cuyo acto se estipularán las condiciones relativas á la entrega, por armadas, del costo de cada una de ella, y el tiempo en que deba terminarse.

El Gobierno en vista de cada una de las actas de remate, designará la cantidad con la que debe contribuir el municipio para satisfacer el resto con los fondos fiscales”.

Mediante Ley de fecha 28 de enero de 1869, se estableció respecto de la reconstrucción de los daños causados por un terremoto que las obras se construirán “ó por proyectos, ó por remate, á juicio del Ejecutivo”.

Es entre 1870 y 1871 que se dictaron normas que implicaron un significativo ordenamiento de la ejecución del gasto público en el país. Así, en 1870, por Resolución de fecha 6 de abril, se dispuso respecto de la ejecución de obras, la obligatoriedad de cumplir con el procedimiento siguiente:

“1º Siendo conveniente que las obras públicas que se ejecutan con fondos nacionales, se reconcentren en el Ministerio del ramo, oído el consejo de Ministros,

Se resuelve:

1º Cuando por alguno de los ministerios se inicie una obra perteneciente á su ramo, lo manifestará al Ministerio de Gobierno, acompañando el respectivo programa de ella;

2º El Ministerio de Gobierno mandará levantar por los ingenieros ó arquitectos del Estado, el plano correspondiente con todos sus detalles y secciones, los que se pasarán al ministerio que inició la obra, á fin de que si llena el objeto deseado, los devuelva para que se forme el respectivo presupuesto, y se proceda desde luego á la ejecución de la referida obra.”⁵³¹

En 1871, por Resolución Suprema del 13 de diciembre del mismo año se estableció que el Remate era la formalidad indispensable en los contratos del Estado, “siendo necesario observar estrictamente las disposiciones de la Ley; en los contratos que el Gobierno celebra; se dispone: Que los casos de venta ó arrendamiento de bienes del Estado, y en los de obras públicas que se ordenan por el Ministerio de Hacienda, se celebran precisamente en Subasta Pública ante la Junta de Almoneda respectiva, bajo pena de nulidad”⁵³². En este ordenamiento de la ejecución de obras públicas, por Decreto de fecha 11 de diciembre de 1872 se estableció, respecto del Contratista de Obra Pública las obligaciones siguientes:

“1º Á presentar el proyecto definitivo total ó por secciones, del trabajo de interés público cuya ejecución le esté encomendada, comprendiendo en él los planos, perfiles, cuadernos de explicaciones y demás documentos necesarios, según los casos (...)

⁵³¹ Ver: García Calderón. *Diccionario de la Legislación Peruana*. Cit. Pág. 1438.

⁵³² Dancuart, Emilio. *Anales de la Hacienda Pública del Perú*. Cit. Tomo IX. Lima. Pág. 145.

3º Á someter á la aprobación del Gobierno, los proyectos detallados de las modificaciones que durante la ejecución se crea necesario introducir en los proyectos de trabajos aprobados, adjuntando la relación de las causas ó motivos que hagan necesaria dichas modificaciones. Todos los documentos deberán ser presentados al Ministerio de Gobierno, Policía y obras públicas (...)

Art. 2º. No podrá procederse á la erección de ninguna obra, sino ha sido aprobada y autorizada, so pena de nulidad y reconstrucción parcial ó total por cuenta del empresario (...)

Art. 3º. Las inspecciones locales ó de otro género se harán por los miembros de la Junta central de ingenieros ó por las personas que ella comisione, en la época en que el Gobierno lo juzgue conveniente”⁵³³.

Luego vendría la crisis generalizada del país, la Guerra con Chile y la desintegración nacional. Concluido el conflicto el país retomó su rutina a partir de 1883.

III.1.4. El renacer del Estado y la República Aristocrática. La forma en que se contrató en el período 1883-1895

El fin de la Guerra significó un nuevo comienzo en todos los niveles sociales y políticos del país, significando en algunos casos una fractura con el pasado. Situación grave en el caso del Estado y la Administración Pública por cuanto eran ellos quienes habían sido quebrados. En el ámbito de las contrataciones públicas tenemos en este período que mediante Decreto de fecha 25 de octubre de 1886, se autorizó al Ejecutivo para celebrar los contratos que sean necesarios para ejecutar obras en el Muelle Dársena en el Callao. En este mismo año, el 3 de noviembre de 1886, se promulgó la Ley que regulaba el gasto público, en la que a pesar de establecer procedimientos de pago, no se hacía referencia a los contratos estatales.

En noviembre de 1888, el Presidente de la República promulgó un Decreto el que se establecía un procedimiento para la construcción del camino de Tarma a Chanchamayo, el mismo que se emitía debido a que se había aceptado la renuncia de la Junta Administradora creada por supremo decreto de fecha 17 de

⁵³³ García Calderón. *Diccionario de la Legislación Peruana*. Cit. Pág. 1439.

mayo de 1886, norma que significaba un retroceso respecto de la promulgada en el anterior período, por cuanto en ella se establecía que para la construcción del camino se debía cumplir con el procedimiento siguiente:

“Art. 1° El Gobierno contratará directamente la construcción del camino, pidiendo propuestas, por secciones, para la ejecución de las obras que sean necesarias.

Art. 2° El Ingeniero Inspector, el Ingeniero del camino y el Comisionado (...) se encargarán de la administración é inspección en Tarma...

Art. 3° Corresponde al Comisionado en Tarma:

1° La recaudación de los impuestos adjudicados á la obra del camino...

2° La compra, de acuerdo con el Ingeniero del camino, de las herramientas y materiales (...)

3° La revisión y pago de las planillas de jornales (...) llevando cuenta de la administración y depositando mensualmente en el Banco del Callao (...) á disposición del Ministerio de Gobierno, los fondos que recaude, y que no sean indispensables para los pagos que se recomiendan.

El mismo Comisionado rendirá mensualmente la respectiva cuenta al Ministerio de Gobierno, sin perjuicio de hacerlo en la oportunidad que la Ley designa, ante el Tribunal Mayor del Ramo. (...)

Art. 6° Ambos ingenieros procederán a formular las bases para contratar las obras, practicando al efecto los estudios que sean necesarios...”.

Luego, por Resolución Suprema de fecha 24 de mayo de 1892 se aprobaron las “Prescripciones Reglamentarias sobre Proyectos de Obras Públicas”, las mismas que hacían referencia a las características de los planos de Obra Pública (Artículos 1° al 18°); los presupuestos, que los clasificaba en preliminares y definitivos (Artículos 9° al 12°); el contenido de la Memoria Descriptiva (Artículo 13°); prescripciones que también hacían referencia a los contratos de Obra, respecto de los cuales indicaba lo siguiente: “Artículo 14°.- Cualquier solicitud de Concesión, Privilegio o simple autorización para la ejecución de una obra pública, debe ser acompañada á lo menos preliminar de la obra, sin perjuicio del Proyecto definitivo cuya aprobación debe preceder á la planificación de obra”.

En 1893, mediante Resolución de fecha 14 de noviembre de 1893 se aprobó el proyecto de construcción de un puente en Chanchamayo, donde se disponía que la Licitación se verificará por medio de propuestas cerradas ante la respectiva Junta y dichas propuestas podrán presentarse á la Dirección de Obra Pública el día en que expire el término, computable desde aquel en que se publique esta Resolución y los documentos de sus referencia en el periódico oficial”⁵³⁴. En esta norma ya no se hacía referencia a la Junta de Almoneda.

III.1.5. La forma en que se contrató en la coyuntura de 1895-1919. La República Aristocrática

El término República Aristocrática es formulado por Jorge Basadre cuando analiza el período republicano 1895-1919⁵³⁵. En cuanto a la forma en que contrató el Estado en esta coyuntura, tenemos que mediante Resolución de fecha 22 de octubre de 1895 se establecieron los montos que podían gastar, sin autorización previa, los prefectos, los mismos que estaban destinados a atender gastos urgentes del servicio, lo que se hacía por cuanto era necesario “evitar se distraiga la atención del Gobierno con la atención de las frecuentes solicitudes que elevan los prefectos, pidiendo la aprobación de pequeños gastos”⁵³⁶, norma reiterativa pero que exteriorizaba que seguían vigente las limitaciones por gastos en bienes y servicios. Asimismo, por Ley del 18 de diciembre de 1895 se autorizó a la Municipalidad de Lima “para contratar con Licitación ó sin ella, la construcción de un Teatro”; mientras que en la Ley del 20 de diciembre del mismo año se hacía referencia a la Dirección de Obras Públicas del Ejecutivo.

Siguiendo el criterio de las leyes de diciembre de 1895, el Congreso de la República mediante Resolución de 1897 facultó al Poder Ejecutivo para que contrate “con licitación ó sin ella, la construcción y refacción de los muelles fiscales”. Asimismo, por Resolución de fecha 01 de mayo de 1897 se estableció el procedimiento para la atención de solicitudes de concesión o ejecución de obra indicando que esta debía estar acompañada de estudios técnicos, después de lo cual correspondía a la Dirección de Obras Públicas dar trámite al pedido”.

⁵³⁴ Decretos, leyes y resoluciones de 1893. Imprenta del Estado. Lima, 1893. 608 Págs. Pág. 413.

⁵³⁵ Ver: Basadre, Jorge. *Historia de la República del Perú*. Cit. Tomo VII. Cit. Págs. 334 y siguientes.

⁵³⁶ Ver: *El Derecho*. Revista de Jurisprudencia y Legislación. Órgano del Colegio de Abogados de Lima. Tomo V. 526 págs.

En este orden tenemos que mediante Decreto de fecha 25 de febrero de 1899 se dispuso que las Juntas Departamentales constituyan un fondo bancario donde depositarán los recursos para la ejecución de cada una de sus obras, no pudiendo utilizar dichos fondos para otros fines⁵³⁷, mientras que por Ley del 23 de noviembre de 1900 se autorizó al Ejecutivo para que “con licitación o sin ella, contrate la construcción de un camino carretero...”. En 1902, mediante Ley del 7 de enero, el Congreso autorizó al Poder Ejecutivo para contratar “en remate ó fuera de él, con una persona ó empresa de responsabilidad, la construcción de un muelle (...) con sujeción a las bases siguientes: ...”. Era la primera vez que se establecían Bases para la selección de un contratista. Por Resolución de fecha 15 de mayo de 1902 se normó el gasto en atenciones que efectuaban los prefectos del país.

Así, al finalizar el siglo XIX, y en plena etapa de crecimiento económico, el Estado Peruano aún se resistía a contar con procedimiento cierto, fijo y ordenado para las contrataciones estatales.

Para 1903, por Resolución de fecha 12 de febrero, se estableció un procedimiento para otorgar permisos para el estudio de Obra Pública, pero este se refiere a la Concesión⁵³⁸. Es en 1907 cuando por Decreto de fecha 11 de enero el Gobierno dispuso medidas respecto de la forma y condiciones en que se debían llevar a cabo en los departamentos la ejecución de obras públicas ordenadas por leyes especiales, precisando lo siguiente:

“Art.1º Las obras públicas de carácter departamental serán previamente estudiadas por el ingeniero de la Junta respectiva, y á falta de éste por el que ella contrate para tal efecto.

Estos estudios comprenderán los planos, presupuestos y memoria descriptiva de que tratan las prescripciones reglamentarias sobre obras públicas aprobadas por suprema resolución de 24 de mayo de 1892 y serán enviados á la dirección del ramo para su revisión por la oficina técnica correspondiente y la aprobación del

⁵³⁷ Ver: *El Derecho*. Revista de Jurisprudencia y Legislación. Órgano del Colegio de Abogados de Lima. Tomo VII. Años 1898-1899. Lima. Librería e Imprenta Gil. 804 Págs. Pág. 520.

⁵³⁸ *El Derecho*. Revista de Jurisprudencia y Legislación. Órgano del Colegio de Abogados de Lima. 1904. Imprenta Liberal, 1904. 468 Págs. Pág. 224.

Gobierno, sin cuyos requisitos no podrán ejecutarse las obras ordenadas por leyes especiales.

Art. 2° Dichas obras se llevarán á cabo por contrata, admitiéndose la ejecución de ellas por administración , sólo en los casos en que después de haberse pedido propuestas para ello, hasta por tres veces, no se hubiera presentado postor alguno. En cualquiera de los casos mencionados se solicitará la aprobación del prefecto del departamento para la realización de la obra ordenada por ley expresa.

Art. 3° Los ingenieros de las Juntas tendrán las siguientes obligaciones, sin perjuicio de atender á cualquier otro trabajo que ellas les encomienden:

a)-Indicar las condiciones técnicas que deben tenerse en cuenta por las Juntas al formular las bases que sirven para contratar cualquier obra.

b)-Vigilar los trabajos que se lleven á cabo por contrata, á fin de que se ejecuten en las condiciones que se hayan estipulado, y dirigir los que se hagan por administración. (...)

Art.4° Las Juntas ejercerán la supervigilancia de los trabajos y no darán por recibidas de ninguna obra sin previa inspección facultativa ordenada por ellas (...)

Art. 5° Los ingenieros que hayan hecho los estudios y presupuestos de las obras, no podrán ser, bajo ninguna forma, contratistas de las mismas.

Art. 6° Las Juntas, al formular las bases de contrato tomarán en cuenta: el plazo dentro del cual debe ejecutarse la obra; la fianza que garantice el cumplimiento de las obligaciones del contrato, la cual podrá prestarse en efectivo, en papel de crédito público ó en hipoteca saneada; las multas por infracciones del contrato; el adelanto de fondos que convenga hacer para el comienzo de los trabajos; la forma de pago de los mismos, estipulando la deducción del diez por ciento para responder por defectos de construcción, cuyo diez por ciento será devuelto en el tiempo y forma que se estipule, no pudiendo tener lugar la devolución en ningún caso antes de tres meses después de la entrega de la obra.

Art. 7° Las bases del contrato serán publicadas en el diario de mayor circulación de la localidad; y á falta de él, en hojas sueltas que se fijarán en lugares visibles, y en algún otro diario de una de las ciudades más próximas.

Art. 8° Toda contrata que celebren las Juntas para la ejecución de una obra, se hará por medio de propuestas cerradas, que se pedirán por el término de ocho días. Las propuestas se entregarán al presidente de la Junta en el día y hora que para ello se fije, y serán abiertas inmediatamente en presencia de los proponentes que concurran y con asistencia del ingeniero departamental, si lo hay, sentando acta de las diligencias del caso, que firmarán todos los presentes, y remitiendo el expediente de la materia al prefecto del departamento para la respectiva aprobación.

Art. 9° Para que las propuestas puedan ser tomadas en consideración, es condición esencial que en ellas se haga la declaración e aceptar todas las bases fijadas, versando la competencia únicamente sobre el menor precio que se pide sobre el presupuesto aprobado, y deberán estar acompañadas en la tesorería de la Junta, por la suma que esta determine.

Dicha suma la perderá el proponente á favor de la Junta si no firma la respectiva escritura en el plazo máximo de diez días, contados desde aquel en que se notifique la aprobación del contrato.

Art. 10° Las Juntas elevarán á la Dirección de Obras públicas, partes mensuales concisos sobre las obras ejecutadas, y detallados semestralmente, con indicación de los gastos hechos; y oportunamente remitirán la respectiva cuenta documentada al Tribunal Mayor del ramo para efectos de ley.

El Ministro de Estado en el despacho de Fomento queda encargado del cumplimiento de este decreto”. Con esta norma se retomaba un ordenamiento que había sido dejado de lado.

Seguidamente, en julio de 1907, por Resolución de fecha 15 de julio se estableció un procedimiento para la ejecución de obras municipales donde se indicaba que:

- “1. Cuando el Gobierno autorice á una Municipalidad para ejecutar con sus fondos una obra y precisando el total del monto del costo, no es indispensable que el Concejo ocurra á la Junta Departamental en demanda de nueva autorización (...)
2. Cuando el total del monto de dicho desarrollo no hubiera sido precisado por el Gobierno, y al formarse el Presupuesto correspondiente exceda de la suma de

300 soles, el Concejo pedirá a la Junta Departamental la autorización respectiva”⁵³⁹.

Para 1909 ya se apreciaba además del procedimiento indicado, la declaratoria de Nulidad por incumplimiento de procedimiento. Así tenemos que en la Resolución de Hacienda de fecha 12 de noviembre de 1909 se resolvió, en los términos siguientes, una controversia en un proceso de selección: Es requisito esencial de toda Licitación la designación de día y hora, tal como lo prescribe el inc. 5 del artículo 1170° del Código de Enjuiciamiento Civil, y los artículos 112° de la Ley Municipal y 7° del Decreto Supremo del 12 de noviembre de 1886, por lo que se resolvió desaprobar “la Subasta hecha por la Junta de Almoneda Departamental de Arequipa” por lo que disponía que se procediera a una nueva Licitación. En la Ley N° 1257 de 1910, se hacía referencia a la modificación de un Contrato de Obra en Mollendo, para lo que se le autorizaba al Poder Ejecutivo a efectuar los cambios respectivos. En la Ley N° 1503 de 1911, se encargaba a la Junta Departamental de Arequipa la ejecución de determinadas obras; siguiendo este criterio, en 1916 se promulgó la Ley N° 2252 donde se disponía la construcción de una Cárcel donde se establecía que “La dirección de la obra y la administración del dinero para su realización correrán á cargo de la municipalidad de Ayabaca, la cual (...) queda obligada á publicar á fin de cada año en uno de los diarios de Piura la cuenta y los detalles de los gastos hechos”.

En 1918, por Ley N° 2714, se suprimió la modalidad de ejecutar obras a través de “juntas especiales ó económicas creadas para la ejecución de las obras públicas departamentales, provinciales ó de distrito”, disponiendo que en lo sucesivo “se llevarán á cabo por las respectivas Juntas Departamentales y los Consejos Provinciales ó de distrito”, y la República Aristocrática se acababa y con ella el siglo XIX.

⁵³⁹ *El Derecho*. Revista de Jurisprudencia y Legislación. Órgano del Colegio de Abogados de Lima. Pág. 434. Números 347,348.

IV. EL DESARROLLO DEL CAPITALISMO Y LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS. DEL LIBERALISMO AL INTERVENCIONISMO.

IV.1. El Oncenio. 1919-1930

Finalizada la etapa de la República Aristocrática, e ingresado el país al período conocido como el Oncenio de Leguía, el Estado se fue ordenando en cuanto a la promulgación de normas presupuestales, lo que se desarrolló en paralelo con el incremento del gasto público. En cuanto a la forma de contratar por parte del Estado, el Oncenio se inauguró con una nueva Constitución Política, la que siguiendo la pauta de las anteriores no hacía referencia alguna a las contrataciones estatales, salvo la establecida en el numeral 8 del Artículo 121°, donde entre las atribuciones del Presidente de la República se establecía la de “dar las ordenes necesarias para la recaudación e inversión de las rentas publicas con arreglo a ley”.

En el ámbito normativo apreciamos que se siguió con el sistema instaurado en el período anterior, tal como se puede constatar de lo establecido en la Ley N° 4228 de 1921, mediante la cual el Poder Ejecutivo dispuso la construcción de un Hospital en Puno, para lo que estableció que “previos estudios respectivos, mandará ejecutar dicha obra, en licitación, conforme a los planos, presupuesto y especificaciones que previamente aprobará”. Siguiendo esta pauta modernizadora, mediante Ley N°4232 del 29 de marzo de 1921 se suprimieron las Juntas Departamentales.

Pero a pesar del avance modernizador, subsistía la indefinición procedimental en las contrataciones públicas, tal como se puede apreciar en la Ley N° 6050 por la que se dispuso la construcción de una nueva Dársena y Muelles en el Puerto del Callao, para lo que se autorizó al Poder Ejecutivo a construir las obras directamente o por contrato; situación se también se puede constatar en la Ley N° 6296 en la que se consignó una partida para la terminación del local de la Subprefectura en Yanacoa, provincia de Canas, para lo que se estableció que “El Gobierno contratará la obra con un técnico, sea por remate o por concesión, con la fianza respectiva y el control del Concejo Provincial o de la entidad que tuviese por conveniente”.

Pero los tiempos comenzaron a cambiar al finalizar el período. En 1930, mediante Ley N° 6784, se creó la Contraloría General de la República.

IV.2. El Repliegue del Paradigma Liberal y el inicio del Paradigma del Estado Social - Interventor. La forma en que se contrató en la coyuntura 1930 a 1948

Desde finales del período anterior, la idea del “dejar hacer, dejar pasar” en contrataciones estatales, había comenzado a ser relegada, tal como concluir de la creación de la Contraloría General de la República; pero a pesar de ello, en julio de 1931 se promulgó el Decreto Ley N° 7219, por el que se creó un fondo de ciento cincuenta mil soles para la conclusión de las obras del nuevo Hospital de la ciudad del Cuzco, en cuyo Artículo 2° se estableció que la administración de los fondos estaría a cargo de una Comisión que estaba por designarse “y entre cuyas atribuciones, aparte del control para su correcta aplicación”, estaba la de “vigilar que las obras se concluyan dentro del más breve plazo”. No se establecía el procedimiento para la ejecución del gasto.

Pero en 1933 se comenzó a retomar el rumbo del ordenamiento administrativo a partir de la esfera constitucional. Así tenemos que en los artículos 9°, 10°, 154° y 193° de la Constitución Política de 1933⁵⁴⁰, se establecieron disposiciones que se vinculaban a ellas y que permitieron configurar un nuevo escenario. En este orden tenemos que el Artículo 9° disponía que *“El presupuesto General determina anualmente las entradas y los gastos de la República. La ley regula la preparación, aprobación y ejecución del Presupuesto General.*

De cualquiera cantidad cobrada o invertida contra la ley, será responsable el que ordene la cobranza o el gasto indebido.

⁵⁴⁰ **Artículo 9.-**

El presupuesto General de termina anualmente las entradas y los gastos de la República. La ley regula la preparación, aprobación y ejecución del Presupuesto General.

De cualquiera cantidad cobrada o invertida contra la ley, será responsable el que ordene la cobranza o el gasto indebido.

También lo será el ejecutor, si no prueba su inculpabilidad.

La publicación inmediata de los presupuestos y de las cuentas de entradas y de gastos de todas las dependencias de los Poderes Públicos, es obligatoria bajo responsabilidad de los infractores.

Artículo 10.- Un Departamento especial, cuyo funcionario estará sujeto a la ley, controlará la ejecución del Presupuesto General de la República y la gestión de las entidades que recauden o administren rentas o bienes del Estado. El Jefe de este Departamento será nombrado por el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros. La ley señalará sus atribuciones.

Artículo 154.- Son atribuciones del Presidente de la República

9. Administrar la Hacienda Nacional.

Artículo 193.- Son atribuciones de los Concejos Departamentales además de las que señalan las leyes, las siguientes:

1. Recaudar e invertir sus rentas;

También lo será el ejecutor, si no prueba su inculpabilidad.

La publicación inmediata de los presupuestos y de las cuentas de entradas y de gastos de todas las dependencias de los Poderes Públicos, es obligatoria bajo responsabilidad de los infractores". Mientras que el Artículo 10° establecía que *"Un Departamento especial, cuyo funcionario estará sujeto a la ley, controlará la ejecución del Presupuesto General de la República y la gestión de las entidades que recauden o administren rentas o bienes del Estado. El Jefe de este Departamento será nombrado por el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros. La ley señalará sus atribuciones"*. Con estas disposiciones se buscaba ordenar el gasto público, pero, además, precisar las responsabilidades a nivel de funcionarios.

En este mismo año, en 1933, se volvía a la incertidumbre de los procedimientos. Así mediante Ley N° 7702 se aprobó la construcción de un camino en Madre de Dios, disponiéndose que los Fondos serían administrados por una Junta compuesta por el Prefecto del Departamento del Cuzco, el Fiscal de la Corte Superior, un Vocal de la Corte Superior, el Ingeniero Departamental y el Jefe Militar, pero omitía precisar el procedimiento para la ejecución del gasto. De igual forma, mediante Ley N° 7823 por la que se dispuso de fondos para obras públicas y saneamiento en Trujillo, se estableció para la ejecución de obras "... una "Junta 1° Centenario de Trujillo" formada por el Prefecto del Departamento, por el Presidente de la Corte Superior, por el Alcalde del Concejo Provincial de Trujillo, por el Director de la Sociedad de Beneficencia, el Decano del Colegio de Abogados, por un delegado del Concejo Provincial de Pacasmayo y por el Presidente de la Junta Constructora del camino de Quirihuac a Quiruvilca", esta Junta tenía atribuciones para designar comisiones de vigilancia y control de las obras a ejecutarse. Asimismo, en el Presupuesto General de la República de 1933, aprobado por Ley N° 7778, no se hacía referencia a ningún procedimiento para contratar, adquirir o ejecutar obras.

Este mismo criterio se mantuvo en 1934, tal como se puede constatar en la Ley N° 7924 por la que se nombró una Junta compuesta por el Prefecto del Departamento del Cusco, quien la presidía, el Alcalde del Concejo Provincial, el

Rector de la Universidad, el Presidente de la Cámara de Comercio y el Director de la Beneficencia; Junta que tendría a su cargo el control administrativo de la construcción de la carretera Cusco-Arequipa.

Para 1935, mediante Ley N° 8090, se dispuso de la construcción de obras públicas en la ciudad de Ayacucho, para lo que se constituía una Junta para la ejecución de las mismas; la Junta en mención estaba constituida por el Prefecto del Departamento, el Presidente de la Corte Superior, el Obispo de la Diócesis, el Alcalde, el Ingeniero Departamental y dos vecinos notables, no haciéndose referencia alguna a la ejecución del gasto.

En la Ley de Presupuesto de 1936, Ley N° 8181, no se hacía precisión alguna sobre determinado procedimiento especial en las contrataciones y adquisiciones del Estado, así como para la ejecución de obras. En el mismo año, por las leyes N°s. 8472, 8476 y 8474 se dispusieron la ejecución de obras en Huánuco, Jaén y Tarma, todas ejecutadas bajo la misma modalidad de las anteriores, a través de una Junta. Pero para el caso de bienes, por Resolución de fecha 27 de julio de 1936, publicada el 06 de agosto del mismo año, el Ministerio de Gobierno y Policía aprobó las Bases para la adquisición de placas de rodaje donde se detallaba que el proceso de selección era en la modalidad de Licitación Pública.

Posteriormente, mediante Decreto de fecha 25 de enero de 1937 se dispuso la visación de la Contraloría General de la República en los proyectos de resoluciones para la compra de vestuario para la tropa y pasajes oficiales.

Esta situación se modificó en 1938, cuando por Ley N° 8703, se autorizó a los Concejos Provinciales de Lima y Callao y Distritales de ambas provincias, la contratación de obras de pavimentación a través de subasta pública.

En 1939, mediante Ley N° 8797 se aprobó la Ley del Presupuesto General de la República para el año 1939, en la que no se hizo ninguna precisión respecto de la forma de contratar, adquirir o construir⁵⁴¹, pero por Resolución de fecha 27 de abril se autorizó a la Contraloría General de la República para que visara los proyectos de Resolución por los que se adquiriría autos, camiones y motos.

⁵⁴¹ Este mismo criterio se mantuvo en las leyes N° 9070, N° 9243, N°9170, N°10045, correspondientes a las leyes de Presupuesto de los años 1940, 1941, 1943, 1946, donde al igual que en las anteriores no se establecieron procedimientos de compra o de contratación, pero a diferencia de ellas incorpora a la Contraloría General de la República como Órgano de Control.

Los años posteriores siguieron la pauta establecida, la de controlar el gasto público, donde las leyes de Presupuesto incorporaron a la Contraloría General de la República como Órgano de Control. En este orden tenemos que por Decreto de fecha 01 de marzo de 1943 se encargó a la Dirección General de Fomento y Obras Públicas el control general de las obras que llevaba a cabo el Gobierno; posteriormente, por Decreto Supremo del 08 de junio del mismo año, se dispuso la reorganización de la Dirección General de Fomento y Obras Públicas. Como un ejemplo de lo que venía aconteciendo tenemos que por Resolución Suprema del 15 de diciembre de 1943 se autorizó la construcción de edificios en Quincemil - Marcapata, para lo que se conformó una Comisión integrada por el Ingeniero Jefe del Servicio Topográfico y el Ingeniero Residente, y se les autorizó para que procedan a ejecutar la construcción de edificios por contratos parciales previa autorización ministerial.

En 1945 se volvió al sistema de juntas que encargaban de ejecución y control de las obras públicas, tal como se puede apreciar en la Resolución Suprema del 16 de noviembre de dicho año, por la que se conformó la Junta de Obras Públicas de Puno la misma que estaba integrada por el Prefecto, el Fiscal de la Corte Superior, el Alcalde, el Presidente de la Sociedad de Beneficencia, el Director del Colegio Nacional y un vecino designado por el Gobierno. Al finalizar el año, por Decreto Supremo de fecha 26 de diciembre de 1945 se dispuso que la Dirección General de Obras Públicas centralice todos los datos referentes a las obras públicas que se ejecutaban en el país. Al año siguiente, en 1946, por Resolución Ministerial del 20 de mayo se creó la Junta de Adquisiciones de la proveeduría General del Ramo.

La Ley N° 10818, Ley del Presupuesto General de la República para el año 1947, innovó respecto de las anteriores normas presupuestales ya que además de la referencia a la Contraloría General de la República, en sus articulados se hacía mención a la forma de gasto, tal como consta en el Artículo 23°, el que textualmente se indica que *“La aprobación de planos y presupuesto de obras públicas cuyo valor ascienda hasta la suma de S/. 200,000.00 requiere, únicamente de Resolución Ministerial”*; por su parte el Artículo 26° refería que *“Las*

partidas destinadas a las adquisiciones de muebles e inmuebles, se acompañarán de una relación del programa anual de adquisiciones, con indicación aproximada del número y costo de los bienes por adquirir”; por su parte el Artículo 27° establecía que “Las partidas para artículos de consumo, especificarán su programa de adquisiciones con indicación aproximada de cantidades y costo y cuando se trate de forrajes, el precio unitario del mismo”. Las compras públicas avanzaban en su ordenamiento.

En este orden, en los considerandos del Decreto Supremo de fecha 21 de noviembre de 1947 el Ejecutivo indicaba *“Que se ha establecido la inconveniente costumbre en algunas dependencias de la administración pública de celebrar contratos para ejecución de obras o adquisición de suministros, sin la previa aprobación por Resolución Ministerial o Resolución Suprema, según su monto; Que tal sistema ocasiona frecuentes inconvenientes derivados del hecho de presentarse para la aprobación superior contratos ya firmados, algunos de los cuales han comenzado a ejecutarse, lo que limita la capacidad de decisión y control del superior y coacta sus facultades legales, creando conflictos derivados de la nueva aprobación de contratos que han comenzado a ejecutarse”, por lo que se decretaba:*

“1. Será requisito indispensable para el perfeccionamiento de los contratos de obra o adquisiciones por las dependencias de la administración pública, la previa aprobación de su texto por Resolución Ministerial si su monto es inferior a diez mil soles oro cuando el egreso se aplica a la partida global, o a quince mil soles oro cuando se aplica a la partida específica; o por Resolución Suprema si su monto es superior a las cantidades que se indican en cada caso.

2. Serán sancionados con la suspensión de su cargo los funcionarios de la administración pública que suscriban contratos de obras o adquisiciones que no hayan sido previamente aprobadas conforme lo especifica el artículo anterior”.

A pesar de lo expuesto en la Ley de Presupuesto de 1947, en 1948, mediante Ley N 10907, se creaba el “Fondo de Educación Nacional”, el mismo que se encargaría de la construcción de locales escolares a través del “Comité Económico de Educación nacional”, el que estuvo presidido por el Ministro de

Educación e integrado por el Ministro de Hacienda, un representante de la Cámara de Industria y Comercio, un representante del Banco Central de Reserva del Perú, un representante del Ministerio de Fomento y tres personas notables de la Capital de la República, asimismo se indicaba que en las capitales de Departamento se constituiría un “Comité Departamental de Construcciones Escolares” presidido por el Alcalde, el Director del Colegio nacional de Varones que actuaba como Tesorero, el Ingeniero Delegado del Ministerio de Fomento y dos personas notables de la localidad, los que tenían, entre otras, la función de controlar “la correcta aplicación de los fondos y la buena ejecución de las obras”; esta disposición significaba volver al espíritu del siglo XIX.

IV.3. El retorno del Liberalismo y el Paradigma del Estado Social. Las contrataciones y adquisiciones del Estado en la coyuntura 1948 – 1956

El Decreto Supremo del 30 de abril de 1948 reorganizó la Junta de Almoneda en Lima y Callao, definiendo su composición en los términos siguientes: Prefecto, Director de Bienes Nacionales, Procuraduría General de la República, un delegado de la Contraloría General de la República y el Sub Director de Bienes Nacionales, disponiéndose, a la vez, que la convocaba por Resolución Ministerial. Lo interesante de este Decreto Supremo es que en sus considerandos se invoca a la Ley de organización interna de la república del 17 de julio de 1857⁵⁴² y al Decreto Supremo del 12 de noviembre de 1886.

En el Decreto Ley N° 10940, que aprobó la Ley de Presupuesto General de la República para el año 1949, se estableció en el Artículo 2° que por Resolución Suprema, previo informe de la Contraloría General de la República, se autorizará: “b) Las adquisiciones y demás gastos de material cuyo monto exceda de S/. 50,000.00”; disposición con la que se articulaba gestión y control, significando un avance cualitativo respecto del período anterior. Seguidamente, por Resolución Ministerial del 20 de mayo del mismo año se estableció la composición y funciones de la Junta de Adquisiciones de la Proveeduría del Ramo de Hacienda, la misma

⁵⁴² El Artículo 76° de la Ley de Organización Interior establecía que los Prefectos “Presidirán las juntas de almonedas de bienes fiscales de su departamento, dando cuenta al Gobierno de los remates que se hiciesen en aquellas, con los expedientes de la materia para su aprobación”.

que estaba integrada por el Sub Director de administración, quien la presidía; el Sub Director de Presupuesto y el Sub Controlador de Precios, siendo Secretario el Proveedor General del Ramo. Las atribuciones de la Junta de Adquisiciones eran las siguientes:

“a. Controlar las adquisiciones y distribución de útiles, enseres y objetos en general que deben ser proporcionados por la Proveeduría General del Ramo (...)
b. Determinar a la vista de cada Expediente de Contratación, la propuesta que ofrezca las mayores ventajas respecto a calidad, precio y urgencia y cualesquiera otras consideraciones a juicio de la Junta, consultando en todo caso la economía en la inversión, debiendo proceder a sacar a Licitación las obras que por razones de su calidad e importancia lo requieran”. Asimismo indicaba que *“La Junta deberá tener en cuenta y observar estrictamente las disposiciones especiales sobre adquisiciones que se hayan dictado o se dicten en lo sucesivo, debiendo sugerir la dación de las que creyeran necesarias para su mejor funcionamiento o para mejor cautelar la economía en las inversiones del Estado; especialmente deberá constatar que los pedidos hayan sido debidamente autorizados por el Director General de Administración”.*

Siguiendo en 1949 tenemos que mediante Decreto Ley N° 11008 se estableció un derecho adicional sobre todas las importaciones que se efectúen por la Aduana del Callao, el que se destinó a la ejecución de obras públicas, las mismas que estuvieron a cargo de la Junta de Obras Públicas del Callao; norma relevante por cuanto, para efectos de la ejecución del gasto estableció, en su Artículo 5°, que las obras se harían por administración directa o licitación pública, pero además, no hacía referencia a los agentes privados en la conformación de la Junta.

Por Decreto Ley N° 11250 se aprobó el Presupuesto General de la República para el año 1950, el mismo que siguiendo la pautas de los anteriores, incrementaba la participación de la Contraloría General de la República, pero, a la vez, avanzaba en la regulación de las compras públicas. Así, en el Artículo 2° establecía que requerían informe de la Contraloría *“todas las afectaciones de partidas, cualquiera sea su monto; así como las Resoluciones aprobatorias de presupuestos administrativos”*; disponiendo también, en el Artículo 5°, que la aprobación de los

presupuestos administrativos “cuyo monto exceda de S/. 50,000.00 se hará por Resolución Suprema; y la de los monto menor, por Resolución Ministerial”. Siguiendo la pauta establecida, por Decreto Supremo de fecha 03 de febrero de 1950 se aprobó el Reglamento del Procedimiento de Licitación de Obras Públicas y Adquisiciones de Material del Ramo de Hacienda, norma relevante y cuyos principales aspectos seguidamente citamos:

“Art. 1°.- Las obras públicas y las adquisiciones de material que se hagan por el Ministerio de Hacienda y Comercio siempre que su valor exceda de DIEZ MIL SOLES ORO (S/. 10,000.00) se sacarán a Subasta Pública en la forma establecida en el presente Decreto.

Art. 2°.- La convocatoria a Licitación se hará por medio de avisos publicados (...)

Art. 4°.- Establécese para efectos de la Licitación las siguientes comisiones (...).”

La norma además de definir un procedimiento, mantiene la analogía entre Subasta y Licitación.

Como consecuencia de las disposiciones glosadas, por Resolución Suprema del 07 de febrero de dicho año se convocó a Licitación para la ejecución de obras públicas en el Puerto de Salaverry. Sin embargo, en las leyes N° 11284 y N° 11541, de 1950, referidas a la ejecución de obras a través de las Juntas Departamentales de Lambayeque y Piura, respectivamente, no se aplicó dicho criterio, sino que se les daba autonomía de gasto a dichas juntas.

En 1951 la disposición particular se convirtió en general, así por Decreto Supremo del 07 de marzo de 1951 se estableció que sería obligatoria la Licitación o Subasta Pública en todas las obras públicas y adquisiciones de materiales para el servicio de cualquier entidad del Estado cuyo valor excediera de S/. 10,000.00 (Diez Mil Soles Oro. Asimismo, por Decreto Supremo N° 1614 del 29 de agosto de 1951 se dispuso que la Convocatoria a Licitación Pública para la ejecución de obras o compra de materiales, por un monto superior a S/. 10,000.00 soles, se haría por Radio Nacional del Perú; y en la Resolución Ministerial del 31 de agosto se estableció que se debía enviar con la debida anticipación la Convocatoria a Radio Nacional del Perú.

En la Ley de Presupuesto del año 1952, Ley N° 11792, se repitieron los mismos criterios que en las anteriores, respecto del control y el gasto, pero en el Artículo 23° se agregaba que el Ministerio de Fomento y Obras Públicas estaba autorizado “para efectuar estudios o proyectos, y ejecutar obras, mediante contratos por suma alzada o por administración directa, hasta por la suma de S/. 100,000.00”. Esta decisión significaba otro avance en la determinación de las contrataciones y adquisiciones públicas por cuanto hacía referencia a las modalidades contractuales. Asimismo, por Decreto Supremo del 25 de abril de 1952 se aprobó el Reglamento de la Proveeduría General de la Administración Civil del Estado, la que había sido creada por Decreto Supremo del 16 de noviembre de 1951. La Proveeduría General de la Administración Civil del Estado, indicaba la norma glosada, era “un organismo especial de índole comercial” que formaba parte de la estructura orgánica del Ministerio de Hacienda y Comercio, dependiendo directamente del Ministro, estando entre sus funciones:

“a. Suministrará por su único intermediario, todos los útiles, enseres, equipos, materiales, implementos y demás artículos de consumo que requieran las necesidades de los organismos de la Administración Civil del Estado, tanto para sus servicios generales y ordinarios como especiales.

b. Adquirirá, para el efecto, dichos artículos directamente y a nombre del Estado, en las fuentes y mercados de producción del país y del extranjero...”

En esta misma dirección se promulgó la Ley de Presupuesto del año 1954, Ley N° 12014, donde además de reiterar las apreciaciones de gasto y control, establecía en el Artículo 6 que “Los funcionarios que celebren contratos o hagan adquisiciones que afecten las partidas presupuestales sin la conformidad de la Contraloría General de la república, serán personalmente responsables por el valor de dichos compromisos”; asimismo, en el Artículo 23° se autorizaba al Ministerio de Fomento y Obras Públicas “para hacer adquisiciones hasta por la suma de S/. 150,000.00 y para efectuar estudios o proyectos y ejecutar obras, mediante contratos por suma alzada o por administración directa, hasta por la cantidad de S/. 150,000.00...”. Siguiendo la pauta establecida, por Resolución Ministerial N° 94 del 14 de enero de 1954 se dictaron disposiciones para los

contratos que obtuvieran la Buena Pro a través de una Licitación Pública, las disposiciones en mención se referían al contenido de las cláusulas. Asimismo, por Decreto Supremo del 24 de marzo se estableció que toda adquisición que se haga por parte de algún organismo administrativo del Estado, con excepción de los institutos armados, y cuyo monto exceda los S/. 50,000.00 soles, estará condicionada al Informe previo de la Proveeduría General de la Administración Civil del Estado; precisándose además, que la Contraloría General de la República “no visará ningún pago que se relacione con adquisiciones si no se ha cumplido con el requisito señalado”. Además, el citado Reglamento indicaba que la Proveeduría tenía organización nacional, contaba con proveedores aprobados por Resolución Suprema, los mismos que eran funcionarios ejecutivos de la proveeduría y con un Consejo Directivo el mismo que tenía como función principal la de aprobar y pronunciarse respecto de todas las compras que se hicieren.

Para el año 1955, mediante Decreto Supremo de fecha 04 de marzo se autorizó a los ministerios para que realicen adquisiciones directas hasta por S/. 50,000.00 en cada caso; posteriormente, por Decreto Supremo de fecha 28 de noviembre se dictaron normas para las adquisiciones por la Proveeduría General del Estado, donde se establecían disposiciones como las siguientes:

“1° La adquisición de los útiles, enseres, equipos, materiales, implementos y demás artículos de consumo que requieran los organismos de la Administración Civil del Estado, tanto para sus servicios generales como especiales, se hará directamente de los productores nacionales o extranjeros o por Licitación Pública o privada de precios (...)

2° La adquisición directa se hará cuando así lo aconseje el Consejo Directivo, teniendo en cuenta la urgencia o conveniencia (...)

3° Las adquisiciones por un valor hasta cien mil soles oro (S/. 100,000.00) las hará el Comité Ejecutivo mediante licitación pública o privada previa autorización del Consejo Directivo (...)

6° En las licitaciones públicas de precios para las adquisiciones a que se refiere el artículo 2° se observará el siguiente procedimiento...”.

IV.4. Entre el Paradigma Liberal y el Paradigma del Estado Social cepalino. De 1956 a 1968

En 1956 se creó, mediante Ley N° 12676, el Fondo de Desarrollo Económico⁵⁴³, el mismo que en coordinación con las Juntas Departamentales, estaba encargado de la ejecución de obras públicas. Destaca en esta Ley la disposición contenida en el segundo párrafo del Artículo 27°, donde se establecía como impedimento para contratar que “No puede ser contratista, ninguno de los mismos miembros de las Juntas Departamentales de Obras Públicas, ni sus consanguíneos en 4° grado, ni afines en 2°”, lo que conjuntamente con la omisión a cualquier procedimiento para contratar, constituyen los aspectos más relevantes. Asimismo, por Decreto Supremo N° 15 del 09 de agosto de 1956 se liquidó la Proveeduría General de la Administración Civil del Estado, el argumento de la liquidación era que “la centralización de la adquisición, producción, almacenamiento y distribución de los útiles, enseres, equipos, materiales y demás implementos que requieran las necesidades de la administración civil del Estado en un solo organismo ha resultado inconveniente para el servicio público”, por lo que se disponía que “las funciones centralizadas en la ex – Proveeduría General serán reasumidas por las Direcciones Generales de Administración, Proveedurías, Almacenes, Plantas de Producción o dependencias similares de los Ministerios respectivos ...”. De estas disposiciones podemos concluir en que la centralización de las adquisiciones no es un tema nuevo en el Perú. Pero debemos precisar que la liquidación vino con el cambio de Gobierno, Odría creó la Proveeduría y Prado la liquidó.

En este contexto por Decreto Supremo N° 17, del 12 de setiembre, se dispuso que las adquisiciones del Ministerio de Hacienda se hagan de acuerdo con lo dispuesto en los decretos supremos del 03 de febrero de 1950, 7 de marzo y 29 de agosto de 1951; posteriormente, por Resolución Ministerial N° 463-DA del 18 de setiembre se regularon las adquisiciones que no excedían de S/. 10,000.00 soles. En este mismo año, se promulgó el Decreto Supremo N° 2 fechado el 21 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento de las Juntas Departamentales de

⁵⁴³ La Ley del Fondo de Desarrollo Económico, Ley N° 12676, fue reglamentada en 1957

Almoneda, donde se precisaba que el objeto de esta entidad era la venta y alquiler de bienes del Estado.

En 1958, mediante Ley N° 12881, se dispuso que las Juntas Departamentales asesoradas por el Consejo Superior de Fondo de Desarrollo Económico, organicen las Oficinas Técnicas para la ejecución de las obras programadas y se encargaran de controlar y fiscalizar las obras públicas, con lo que estábamos ante la incorporación de órganos especializados en contrataciones públicas, agregado novedoso respecto del período anterior, a pesar de que estábamos en el marco del Paradigma Liberal. Asimismo, por Decreto Supremo N° 08 del 1 de abril de 1958, a propuesta del Ministerio de Fomento, se aprobó el Reglamento General de Licitaciones de Obras Públicas, que implicó el ordenamiento de los procedimientos en contrataciones estatales, en lo que a ejecución de obras se refiere por cuanto regulaba aspectos como los requisitos para sacar a Licitación una Obra Pública, la Convocatoria, las Bases, las Propuestas, los Postores, la Apertura de Propuestas, el Otorgamiento de la Buena Pro, la Firma del Contrato, y el Registro Nacional de Contratistas de Obra Pública. Posteriormente, en este mismo año, 1958, mediante Resolución Ministerial N° 417-DA se modificó la composición de la Junta de Adquisiciones del Ministerio de Hacienda.

Posteriormente, en 1959, se promulgó la Ley N° 13055, Ley de Presupuesto General de la República para el año 1959, norma que recogía los criterios establecidos en las últimas leyes presupuestales, pero que además incorporaba nuevos criterios respecto de las adquisiciones y contrataciones estatales, creando con ello un nuevo marco normativo, así como la ejecución de obras. Así, en el Artículo 5° se establecía que “Los Proyectos de Resoluciones para ordenar gastos, así como los que aprueban Presupuestos Administrativos, Presupuestos de Obras y Contratos, que afecten partidas del Presupuesto Ordinario ... se remitirán a la Contraloría General de la República”; asimismo, en el Artículo 6° se establecía que “Toda obra cuyo valor exceda de S/. 300,000.00 debe otorgarse, obligatoriamente previa licitación pública, salvo el caso de que se le encargue a organismo del Estado para que la lleven a cabo directamente por Administración (...) En todos los casos se publicarán en el Diario Oficial “El Peruano”, o en los

periódicos de mayor circulación en provincias el resultado final de cada licitación, consignándose la relación de las firmas comerciales que se hubieran presentado, con el respectivo monto de sus propuestas, así como señalándose a la firma que haya obtenido la buena pro... Los proyectos de Resoluciones aprobatorias de contratos de obras que se remitan a la Contraloría General de la República para su visación previa, llevarán obligatoriamente adjuntos:

- a. Presupuestos de la obra y tiempo que demanda la ejecución de la misma;
- b. Bases de la Licitación;
- c. Avisos de Convocatoria para la Licitación Pública;
- d. Propuestas presentadas;
- e. Fechas en que se publicó en el Diario “El Peruano”;
- f. Demás documentos o informes...

La Contraloría General de la República puede declarar desierta una licitación aunque se haya otorgado la buena pro, si encuentra razones justificadas para ello, poniendo el resultado en conocimiento del Ministerio de Hacienda y Comercio y publicando directamente en el Diario Oficial “El Peruano” el informe que emita”.

En el siguiente párrafo del mismo artículo, establecía procedimientos para adquisiciones menores. Así, indicaba que “Toda adquisición cuyo valor unitario exceda de S/. 30,000.00 se someterá al requisito anterior. En adquisiciones cuyo valor unitario sea superior a S/. 5,000.00 se exigirá cuando menos tres propuestas de precios para decidir la que más convengan a los intereses fiscales. Lo anterior no rige en los casos especiales de adquisición de un bien que no tenga similares en el mercado, debiendo obrar expresa constancia de ello”.

En los casos de los ministerios vinculados a la defensa nacional, se establecía que se les exceptuaba de la disposición anterior, “para lo cual procederá a licitación privada por invitación directa, sea a las empresas constructoras o a las firmas productoras o importadoras”.

Asimismo, se establecía la participación de la Contraloría en el control y recepción de obras públicas. Finalmente, establecía la responsabilidad de los funcionarios por contrataciones indebidas.

Estos criterios se mantuvieron en las Leyes de Presupuesto para los años 1960, 1961, aprobados por las leyes N° 13381, N° 13632. En este contexto, en 1961, mediante Decreto Supremo N° 036 del 06 de octubre de 1961, se aprobó un nuevo Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, mientras que en la Ley del Presupuesto General de la República del año 1962, aprobado por Ley N°13960, se mantuvieron las pautas establecidas por las normas anteriores; y en la Ley N° 13980 se otorgó fuerza de Ley al Título 2.00 del Capítulo I, Artículo 2.01 al 2.08, relativos a la organización y funcionamiento del Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas. Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 39-F se modificó el Artículo 5.04 del Reglamento de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas.

A partir de este momento, la normativa sobre contrataciones y adquisiciones del Estado adquirió dinámica propia, dejando a las leyes de presupuesto los aspectos generales, regulando el procedimiento a través de normas especiales, lo que se acentuó con la Promulgación de la Ley N° 14816, Ley Orgánica del Presupuesto Funcional en 1964.

En la leyes de Presupuesto de los años 1964, 1965, 1966, 1967, 1968, N°s 14930, 15270, 15850, 16361 y 16960, respectivamente, además de incrementar la presencia de la Contraloría General de la República en las contrataciones y adquisiciones estatales, se consolidó la tendencia de establecer en la Ley de Presupuesto los montos a partir de los cuales se definían los procesos de selección. Asimismo, por Decreto Supremo 186-H del 28 de agosto de 1964 se modificó el Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas aprobado por Decreto Supremo N° 036 de 1961; también, en 1965 mediante Decreto Supremo N° 46-F se aprobó el Reglamento de Adquisiciones del Ministerio de Fomento y Obras Públicas, y por Resolución Ministerial N° 1 se dispuso que los avisos de Convocatoria que se publicarán en el diario El Peruano fueran abonados por la persona natural o jurídica que obtuviera la Buena Pro.

Para el año 1967 se dictaron las disposiciones siguientes: El Decreto Supremo N° 14-F por el que se designó al Comité Permanente de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas; el D.S. N° 18-AL del 5 de setiembre de 1967 por el que se

modificó el Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas aprobado por Decreto Supremo N° 036 de 1961; el Decreto Supremo N° 81-H por el que se constituyó la Comisión encargada de formular el Reglamento General de Adquisiciones de los Organismos del Gobierno Central y Subsector público independiente; y el D.S. N° 249-H del 13 de octubre de 1967 por el que se volvió a modificar el Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas.

IV.5. El Populismo Militar y el Estado Social. De 1968 a 1980

Al inicio del Régimen Militar, los presupuestos aprobados en los años anteriores se fueron ampliando, hasta que en 1971 se aprobó, por Decreto Ley N 18700, la Ley del Presupuesto Bial del Sector Público 1971-1972. En cuanto a las contrataciones y adquisiciones estatales, la Ley Bial de Presupuesto, 1973-1974, Ley N° 19864, se hicieron mayores precisiones, fijándose además de los montos para determinar el proceso de selección, los requisitos que se debían cumplir para el cambio de modalidad, y las exoneraciones de procesos; criterios que se reiteraron en la Ley Bial de Presupuesto para los años 1975-1976, Decreto Ley N° 21057, donde se establecieron, al igual que en los casos anteriores, los tipos de procesos de selección según la cuantía. Así, en esta última norma se establecía, lo siguiente:

Las adquisiciones o la prestación de servicios no personales se someterá al requisito de Licitación Pública “cuando su costo unitario o valor total exceda 1’500,000.00 soles; en los casos de 500,000.00 a 1’500,000.00 se someterá a Concurso de Precios; en los casos menores a S/. 500,000.00 se podrá efectuar directamente. La Consultoría, los estudios y las supervisiones que se convengan por contrata se otorgaran por Concurso Público de Méritos cuando sea superior a S/. 1’000,000.00; las obras por contrata se someterán a Licitación Pública si su monto excede los S/. 5’000,000.00, y a Concurso de Precios si el monto es menor de S/. 5’000,000.00 y mayor de S/. 500,000.00; si es inferior a S/. 500,000.00 se podrá adjudicar directamente⁵⁴⁴. La norma también establecía montos especiales para determinados organismos públicos (ORDEZA- Organismo Regional para el Desarrollo de la Zona Afectada y CECOMBA- Comité Ejecutivo del Complejo

⁵⁴⁴ Artículo 14

Bayóvar)⁵⁴⁵. Asimismo, se indicaba que los bienes y servicios sujetos a precios controlados se adquirirían directamente⁵⁴⁶. Finalmente, planteaba situaciones de exoneración de los requisitos de Licitación Pública y Concurso Público⁵⁴⁷.

En las leyes N° 21765 y N° 22049 leyes anuales de Presupuesto para los años 1977, 1978, reiteraron los criterios establecidos en la normativa precedente, e incorporando la intervención de la Contraloría General de la República en la autorización de los adicionales superiores al 10%. En la Ley de Presupuesto para el año 1979, Ley N° 22399, se incorporó, a partir de los montos, una escala más definida de procesos de selección, como: Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Directa.

En cuanto a la normativa especial en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado tenemos que se dictaron las normas siguientes: En 1969, mediante Decreto Supremo N° 1/69-FNS del 5 de febrero de 1969 se modificó el Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas. Posteriormente, mediante Resolución Suprema N° 00044-70-PE del 13 de mayo de 1970 se aprobó el Reglamento General de Adquisiciones del Ministerio de Pesquería mientras se aprobaba el Reglamento General de Adquisiciones de todo el sistema público; también por Decreto Ley N° 18267 se dispuso que las obras superiores a un millón de soles se sometían al requisito de Licitación Pública. En 1971, por Resolución Ministerial N° 1775-71-VI-DS se dispuso que las entidades licitantes verifiquen el Certificado de Contratistas de Obras Públicas; y por Decreto Supremo N° 002-71-VI se modificó el Artículo 6.02 del Reglamento General de Licitaciones y de Contratos de Obras Públicas, por Decretos Supremos N°s 006-71-VI; D.S. N° 016-71-VI; D.S. N° 048-71-VI; D.S. N° 100-71-VI; D.S. N° 101-71-VI se modificó el Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas aprobado por Decreto Supremo N° 036 de 1961; para el año 1972 se promulgó el Decreto Supremo N° 039-72-VI por el que se aprobó el Reglamento General de Concurso de Precios para la ejecución de obras públicas; el Decreto Supremo N° 058-72-VI donde se dispuso que en las licitaciones públicas no podrían participar

⁵⁴⁵ Artículo 15

⁵⁴⁶ Artículo 18

⁵⁴⁷ Artículo 19

como postores los miembros del Directorio de las empresas convocantes; y el Decreto Supremo N° 064-72-VI por el que se sustituyó un párrafo del Reglamento de Precios de Obra Pública; también se distaron los Decretos Supremos N°s 051-72 y 073-72 por los que se modificó el Decreto Supremo N° 036 de 1961, Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas.

En 1973 se dictaron las normas siguientes: Decreto Supremo N° 053-73-VI por el que se amplió los alcances del Artículo 17.05 del Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas respecto de la Potestad Sancionadora del Estado respecto del Contratista; se promulgó el Decreto Ley N 20024 por el que se otorgaron facilidades para el financiamiento por parte de los bancos al Contratista de Obra Pública; y por Decretos Supremos N°s 073-72-VI, 005-73-VI, 007-73-VI y 174-73 se modificó el Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas aprobado por Decreto Supremo N° 036 de 1961.

En 1975 se promulgó la Resolución Ministerial N° 1997-75-VC-1100 por la que se fijaron sanciones a los Contratistas que sobrepasaran el límite de contratación; para 1976 se promulgó la Resolución Ministerial N° 088-76-IIOC por la que se encargó al Consejo de Licitaciones abrir un Registro de Cartas Fianzas y la Resolución Ministerial N° 543-76-VC-9100 donde se establecieron obligaciones de las entidades públicas con los licitantes de obras públicas.

El año 1977 tuvo el mismo signo. Así tenemos que por Decreto Supremo N° 029-77-VC se modificó el Artículo 9.02 del Reglamento de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas; por Decreto Supremo N° 032-77-VC se dictaron normas para que las empresas contratistas cumplan con obras; por Resolución Ministerial N° 486-77-VC se dictaron normas complementarias al Reglamento General de Licitaciones; por Resolución Suprema N° 048-77-VC-9100 se sustituyeron artículos del Reglamento de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas; por Decreto Supremo N° 042-77-VC se modificó el Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas; y por Resolución Ministerial N° 714-77-VC-1100 se designó la Comisión encargada de elaborar el Proyecto de Reglamento Único de Licitaciones de Obras Públicas. Para 1978 tenemos que por Decreto Supremo N° 023-78-VC se modificó el Reglamento General de

Licitaciones y Contratos de Obras Públicas; por Resolución Ministerial N° 599-78-VC-9100 se establecieron normas para impugnaciones al otorgamiento de la Buena Pro en Licitaciones Públicas de obras, y por Resolución Ministerial N° 602-78-VC-9100 se dictaron disposiciones para mejor aplicar el Reglamento General de Licitaciones de Obra Pública.

En 1979 se continuó con la constante modificación de la normativa, así tenemos que por Decreto Supremo N° 002-79-VC se modificó el Decreto Supremo N° 16-F del 12 de marzo de 1965 que determinó los requisitos para ser Postor; por Decreto Supremo N° 006-79-VC se precisaron las multas previstas en el Reglamento de Licitaciones aplicables a las firmas constructoras; por Decreto Supremo N° 024-79-VC y N° 027-79-VC se modificó el Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas; por Decreto Supremo N° 034-79-VC se dictaron normas complementarias para aprobar valorizaciones de obras públicas y por Decreto Supremo. N° 038-79-VC se modificó el Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas; por Resolución Suprema N° 175-79-PE se dictaron normas de bienes cuyas adquisiciones eran objeto de contratos de locación de obras; por Resolución Ministerial N° 0020-8—VC-5100, Resolución Ministerial N° 0755-79-VC-5100 y Resolución Ministerial N° 189-79-VC-9100 se modificó el Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas; por Resolución Ministerial N 0472-79-VC-9100 se aprobaron los nuevos formatos a emplear por parte de las entidades licitantes del sector público y por los contratistas.

El período termina con la promulgación de la Constitución Política de 1979, norma en mérito de la cual la regulación en contrataciones y adquisiciones estatales adquiere rango constitucional, tal como se consigna en el Artículo 143° de la misma *“La contratación con fondos públicos de obras y suministros así como la adquisición o enajenación de bienes se efectúan obligatoriamente por licitación publica. Hay concurso público para la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto señala la ley de presupuesto. La ley establece el procedimiento, las excepciones y responsabilidades”*.

IV.6. Entre el Paradigma Liberal y el Paradigma del Estado Social, el Neopopulismo. De 1980 a 1990

En este período, las Leyes de Presupuesto General de la República N° 23233, N°23350, N° 23556N° 23740, N° 24422, N° 24767, N° 24977, de los años 1981, 1982, 1983, 1984, 1986, 1988, 1989 y 1990, respectivamente, mantuvieron la pauta establecida en las normas anteriores, es decir, regular los montos para determinar los procesos de selección y derivar a la normativa especial y al Sistema Nacional de Control los aspectos puntuales de las contrataciones y adquisiciones del Estado.

En cuanto a las normas especiales tenemos que por Decreto Supremo N° 10-80-TR se dispusieron medidas para agilizar procesos de contratación y ejecución de obras públicas; Resolución Ministerial N° 0236-80-VC-5100 se establecieron normas para la calificación del anteproyecto de licitaciones por el sistema de Concurso Oferta; por Resolución Ministerial N° 0283-80-VC-1200 se precisaron los alcances del Reglamento de Licitación por el sistema de Concurso Oferta; por Resolución Ministerial N° 0020-8—VC-5100 y N° 0093-80-VC-5100 se varió el porcentaje de adelanto al Contratista en el sistema de Concurso oferta; por Resolución Suprema N° 0078-80-VC-9100 se señaló el valor máximo de obras a ejecutarse en cuya licitación podrá intervenir cada postor según categoría; por Decreto Supremo N° 034-80-VC del 21 de noviembre de 1980 se aprobó el Reglamento de Licitación y Contratos de Obras Públicas; y por Resolución Ministerial N° 676-80-VC-1150 se precisaron los alcances de numeral del Reglamento de Licitación y Contratos de Obras Públicas.

Mediante Resolución Suprema N° 0070-81-PCM se designó la Comisión que se encargaría de estudiar y proponer un nuevo Reglamento de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, esto a pesar de que recientemente se había aprobado un Reglamento. Asimismo, por Decreto Supremo N° 017-81-ITI/IND se otorgó margen de preferencia al fabricante nacional en Licitación Pública y Concurso de Precios de carácter internacional.

En 1982, por Ley N° 23446 se dispuso que todas las entidades tuvieran la obligación de enviar al Congreso las resoluciones que dictaran respecto de las

licitaciones que convocaran, adjuntando los antecedentes correspondientes. Por otro lado, mediante Decreto Supremo N° 031-82-EFC se precisaron normas para la adjudicación de obras y prestación de servicios; y por Decreto Supremo N° 370-82-EFC se establecieron normas para garantizar la participación nacional en la ejecución de obras públicas y estimular el desarrollo de la ingeniería peruana.

Para 1983, mediante Decreto Supremo N° 056-83-ITI/IND se estableció que el incumplimiento del Artículo 29 de la Ley General de Industrias, que se refería a la obligación de preferir bienes de producción nacional, acarrearía la nulidad del otorgamiento de la Buena Pro en Licitación Pública y Concurso de Precios. En 1984, por Decreto Supremo N° 057-84-PCM se precisó el Artículo 5.5.8. del Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras (R.U.L.C.O.P.); por otro lado, mediante Decreto Supremo N° 104-84-EFC se estableció que las adquisiciones de bienes y la prestación de servicios no personales, obras, estudios, etc., de las empresas estatales de derecho privado y de economía mixta estarán sujetas a Licitación Pública y Concurso Público.

En julio de 1985 se promulgó el Decreto Supremo N° 065-85-PCM, el “Reglamento de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestación de Servicios no Personales”; denominado R.U.A. , la que conjuntamente con el R.U.L.C.O.P. y la Ley N° 23554, “Ley de Servicios de Consultoría para Entidades del Sector Público o empresas Estatales o Mixtas de Derecho Privado” y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 208-87-EF, constituían el marco jurídico de las contrataciones y adquisiciones estatales. En este contexto también se promulgaron los Decretos Supremos N° 022-84-PCM y N° 045-89-PCM, así como la Resolución Ministerial N° 291-85-VC-1490, que significó una modificación del R.U.L.C.O.P., la Resolución Ministerial N° 0178-85-PCM, Reglamento de Organización y Funciones del Consejo Superior de Adquisiciones del Bienes; y el Decreto Supremo N° 114-85-ICTI/IND por la que se creó el Consejo Superior de Adquisición de Bienes.

En 1986 se promulgó el Decreto Supremo N° 017-86-VC por el que se modificó el R.U.L.C.O.P.; para 1987, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 167° de la Ley N° 23550, el Artículo 27 de la Ley N° 2442 y los artículos 30° y 115° del Decreto

Legislativo N° 398 se le otorgó fuerza de Ley al Decreto Supremo N° 034-80-VC, R.U.C.O.P.; posteriormente, por Decreto Supremo N° 021-87-VC se dictaron normas para evaluar las solicitudes de ampliación de plazo que presentaban los contratistas.

Por Decreto Supremo N° 015-88-VC se establecieron acciones transitorias que posibilitaran el cumplimiento de los contratos de ejecución de obras públicas y por Decreto Supremo N° 024-87-VC se estableció el procedimiento para determinar el monto de gastos relacionados con el tiempo de ejecución de obra al que se refería el Artículo 5.7.7. del R.U.L.C.O.P. Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 011-88-EF se restableció la vigencia del Artículo 5.5.6. del R.U.L.C.O.P., y por Decreto Supremo N° 034-88-EF se aprobó el Reglamento General de Adquisición de Bienes y Prestación de Servicios No Personales de las empresas que conformaban la actividad empresarial del Estado. A nivel del Consejo Superior de Consultoría en este año se emitieron las Resoluciones N° 003-88-CONASUCO y la N° 004-88-CONASUCO referida al establecimiento del arancel por absolución de consultas y al establecimiento de los colegios profesionales que estaban en condiciones de efectuar consultas al CONASUCO. Finalmente, mediante Comunicado N° 002-88-CAP/P se precisó que la Comisión Bicameral de Presupuesto sistematizaba la presentación de información sobre licitaciones públicas, concursos públicos de precios y de méritos y excepciones a estos requisitos, por lo que dicha información se debía enviar a la Comisión.

En 1989 por Resolución N° 022-89-VC-9100 se aprobaron normas para la aplicación de las sanciones establecidas en el R.U.L.C.O.P. y disposiciones conexas y complementarias; por Resolución Jefatural N 142-89-INAP/DNA se aprobó el instructivo para la implantación del Registro Nacional de Proveedores de Bienes y Servicios del Estado. Por su parte el CONASUCO precisó, mediante comunicados N° 007-89/CONASUCO, N° 008-89/CONASUCO y N° 009-89/CONASUCO, sobre el inicio de funciones y aprobación del Registro Nacional de Consultores, así como el nuevo monto del arancel para consultas.

IV.7. El Liberalismo y el Consenso de Washington. 1990-2007

En la coyuntura 1990-2007, las leyes de Presupuesto General de la República de los años 1992 al 2007, fueron las siguientes: N° 25293, N° 25388, N° 25986, N° 26268, N° 26404, N° 25553, N° 26706, N° 26894, N° 27013, N° 27212, N° 27423, N° 27537, N° 27879, N° 28129, N° 28427 y N° 28927; normas que mantuvieron la misma pautas de las décadas precedentes.

Esta coyuntura tiene dos etapas, la que se sucede antes del Golpe de Estado del 05 de abril de 1992 y la subsiguiente, las mismas que se diferencian por el hecho de que en la primera aún no se implementa plenamente la política de ajuste estructural neoliberal, mientras que la segunda se desenvuelve en un escenario de aplicación de estas políticas.

En este orden tenemos que en 1990, mediante decretos supremos N°s 009-90-VC, 019-90-VC y 027-90-VC se modificó el R.U.L.C.O.P.; el año 1991 se caracterizó por seguir con la misma pauta, así tenemos que por decretos supremos N° 009-91-VC, N° 012-91-VC y 013-91-VC se modificó el R.U.L.C.O.P., que por Decreto Supremo N° 113-91-EF se precisaron los alcances de los dispositivos de los contratos sobre obras públicas cancelados con bonos de Tesorería, por Resolución Ministerial N° 123-91-VC se ampliaron los alcances de las normas de aplicación de sanciones a los contratistas que incurrieran en infracciones al R.U.L.C.O.P.. Asimismo, por Decreto Supremo N° 155-91-PCM se aprobó el Reglamento de adquisiciones de bienes y de prestación de servicios no personales en las empresas públicas y por Resolución Jefatural N° 417-91-INAP/DNA se reguló el valor de la credencial de proveedor del Estado con validez departamental, regional y nacional.

En 1992, luego del Golpe de Estado, con fecha 21 de junio se promulgó el Decreto Ley N° 25565, Ley del Sistema de Evaluación Internacional de Licitaciones y Concursos, y por Decreto Supremo N° 133-92-EF se aprobó el Reglamento de dicha norma⁵⁴⁸; en el mismo año, por Comunicado N° 007-92-TCC-CONSULCOP se dispuso el pago fraccionado por los derechos de renovación del Registro Nacional de Contratistas de Obra Pública. También en este año, en Diciembre de

⁵⁴⁸ El Decreto Ley N° 25565 fue derogado por la Ley N 28549 de junio del 2005.

1992 se promulgó el Decreto Ley N° 26150, que contenía las normas para la Contratación de Servicio de Consultoría Para la Evaluación de los Concursos Públicos de Méritos Que Realicen las Entidades del Sector Publico, Empresas del Estado de Derecho Privado y Empresas de Economía Mixta.

En 1993, mediante Decreto Supremo N° 06-93-CONADE se aprobaron normas sobre el R.U.L.C.O.P. fijándose los montos para la convocatoria a Adjudicación Directa, Licitación Pública y Concurso Público; asimismo, por Resolución Jefatural N° 293-93-INAP/DNA se aprobó la Directiva N° 001-93-INAP/DNA por la que se normó la administración del Registro Único de Proveedores Inhabilitados para Contratar con el Estado. En este mismo año se promulgó la Constitución Política de 1993, la que mantuvo y amplió el criterio establecido en la Constitución de 1979 respecto de las contrataciones públicas, tal como se puede apreciar en el Artículo 76° que seguidamente citamos: *“Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.*

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”.

Luego de la promulgación de la nueva Constitución Política, en 1994, mediante Decreto Supremo N° 007-94-CONADE, se aprobó el Reglamento de Adquisiciones de Bienes y Prestación de Servicios No Personales en las Empresas No Financieras del Estado; posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 22-94-MTC se incluyeron nuevos elementos en los costos establecidos en el R.U.L.C.O.P. En 1995, por Resolución N° 021-95-CG la Contraloría General de la República aprobó la Directiva N° 02-95-CG/G01 que estableció procedimientos para la remisión de información sobre Licitaciones Públicas y Concursos Públicos. En 1996, mediante Comunicados N° 03-96-CONASUCO y N° 04-96-CONASUCO, se aprobaron, respectivamente, precisiones respecto del contrato de Suma Alzada y sobre las propuestas a ser suscritas por el Postor.

En 1997 se promulgó la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, norma después de la cual mediante Decreto Supremo N° 039-98-PCM, se

aprobó el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. La nueva Ley estableció el procedimiento administrativo a seguir tanto en la gestión de los procesos, comprendiendo en ello a los contratos, como en la solución de las controversias que entorno a ellos se suscitaban. Asimismo, creó el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE, Órgano rector en la materia, el que se constituía sobre la base del CONSULCOP (Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas), CONASUCO (Consejo Nacional Superior de Consultaría) y el CADELI (Consejo Departamental de Adquisiciones de Lima).

Desde antes de su promulgación y, después de ella, la Ley⁵⁴⁹ y el Reglamento fueron afectados por constantes modificaciones. Así tenemos, en cuanto a la primera, que por Ley N° 27070 de fecha 19 de marzo de 1999 se modificó el Artículo 44°; mediante Ley N° 27148 del 1 de julio de 1999 se modificó la Segunda Disposición Final; mediante Ley N° 27330 del 26 de julio del 2000 se modificaron 41 artículos, 2 Disposiciones Transitorias y 3 Disposiciones Complementarias; mediante Ley N° 27738 del 28 de mayo del 2002 se modificó el Artículo 33°; por Ley N° 28267 del 26 de diciembre del 2004 se modificaron 35 y se adicionaron 4 artículos; y, finalmente, por Ley N° 28911 del 3 de diciembre de 2006 se modificaron 5 artículos. En cuanto al Reglamento, se puede decir que corrió no sólo la misma suerte que la Ley, sino que en este extremo su devenir fue agravado, ya que se le modificó sucesivamente desde el cambio sustancial del 13 de febrero del 2001 cuando, en términos reales por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, se aprobó un nuevo Reglamento, después de lo cual fue modificado por los decretos supremos siguientes: N° 029-2001-PCM del 23 de marzo del 2001, N° 067-2001-PCM, del 20 de junio del 2001, N° 071-2001-PCM del 23 junio 2001, N° 079-2001-PCM del 3 de julio del 2001, N° 128-2001-PCM del 28 de diciembre del 2001, N° 011-2002-PCM del 12 de febrero del 2002, N° 063-2006-EF del 18 de mayo de 2006, N° 25-2006-EF del 21 de julio del 2006 y 148-2006-EF del 23 de setiembre de 2006, N° 028-2007 del 02 de marzo del 2007 y el N° 049-2007 del 27 de abril del 2007.

⁵⁴⁹ La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se promulgó el 21 de junio de 1997 y entró en vigencia en 1999, periodo durante el cual fue modificada.

A este volátil marco legal se le debe agregar el hecho de que la Ley y su Reglamento son regulados, en forma indirecta por otras normas, directivas y precedentes emitidas por el CONSUCODE. Así, desde el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se emiten Acuerdos y Precedentes Vinculantes, mientras que el CONSUCODE formula Pronunciamientos⁵⁵⁰, Reglamentos, Directivas, Consultas y hasta Comunicados; regulación a las que se le debe agregar la que emiten otros órganos del Estado - Congreso de la República, el Poder Ejecutivo o el Sistema Nacional de Control - tales como la Ley Anual de Presupuesto General de la República, la Ley General de Presupuesto, las Directivas de Tesorería, los Acuerdos del FONAFE, las Directivas Presupuestarias Municipales, la Ley del Sistema Nacional de Control, las Normas de Control⁵⁵¹, la Guía de Auditoria de Procesos de Selección, las Directivas que al respecto emite la Contraloría General de la República, las normas generadas por el Ministerio de la Producción respecto a la producción nacional, las Sentencias del Tribunal Constitucional, etc.

Finalmente, en junio del 2008 se promulgó el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado y el Decreto Legislativo N° 1018, que creó el Sistema de Compras Públicas-PERÚ COMPRAS; y en enero del 2009 se promulgó el Decreto Supremo N° 194-EF-2009, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

V. CONSECUENCIA DE LA CONTRASTACIÓN

Al iniciar el presente Capítulo nos planteábamos, como vía metodológica para contrastar nuestra hipótesis, la necesidad de absolver la interrogante siguiente: *¿Cómo ha contratado el Estado Peruano a lo largo de su historia?*

La búsqueda de la respuesta significó hurgar en nuestro pasado normativo, donde entre polvo y hongos, nos empezamos a encontrar con el tiempo que se fue y con las ideas que se quedaron. Efectivamente, desde comienzos de nuestra vida republicana el país vivió entre dos discursos, entre dos visiones, entre dos formas

⁵⁵⁰ Están a cargo de la Gerencia Técnico Normativa. En el 2002 fueron 180; en el 2003, 226; en el 2004, 287; y, en el 2005, 390 Pronunciamientos. Fuente: Informe de Gestión Enero 2001-Diciembre 2005. Consejo Superior de Contrataciones y adquisiciones del Estado - CONSUCODE. Págs. 53 a 63. www.consucode.gob.pe

⁵⁵¹ Derogaron a las Normas Técnicas de Control

de comprender el mundo, dicotomía que se exteriorizó en los distintos ámbitos de la vida pública y por ende del Derecho.

Desde esta perspectiva, la investigación nos demuestra como el ámbito de las contrataciones se fue juridificando en exceso desde finales de la década de los cuarenta, período de hegemonía del paradigma del Estado Desarrollista, y se agravó en las décadas posteriores con la volatilidad normativa. El problema es que esta pauta normativa, propia de un paradigma específico, se mantuvo en otro cuya característica debía ser la desregulación y el incremento de la discrecionalidad de los funcionarios públicos, situación que se explicaría a partir del referido desencuentro de paradigmas.

En este orden, somos de la opinión que nuestra hipótesis se ha contrastado positivamente.

CAPÍTULO II

EL DESENCUENTRO DE LOS

PARADIGMAS JURÍDICO-

ADMINISTRATIVOS CON LOS

PARADIGMAS POLÍTICO-ECONÓMICOS Y

SUS EFECTOS EN LAS EXPECTATIVAS

DE LOS ACTORES POLÍTICOS

INCORPORADAS EN LA LEY DE

CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES

DEL ESTADO

I. HIPÓTESIS, CRITERIOS Y DEFINICIONES GENERALES PARA LA CONTRASTACIÓN

I.1. Hipótesis

“El ***desencuentro de los paradigmas*** jurídico-administrativos con los paradigmas político-económicos afecta la coherencia de las **expectativas de los actores políticos** incorporadas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”.

I.2. Criterios y definiciones generales para la contrastación

La contrastación de esta segunda Hipótesis es consecuencia de la contrastación de la primera, la misma que nos indica que desde la iniciación de la República las contrataciones públicas constituyeron un ámbito profusamente regulado donde se exteriorizaron los distintos paradigmas que animaron la política y economía nacional.

En esta segunda Hipótesis, que se encuentra ubicada temporalmente en la coyuntura 1998-2008, asumimos, en vía de contrastación, que el desencuentro de estos paradigmas afectó la coherencia de las expectativas de los actores políticos, que como consecuencia de ello se produjo el desfase entre discurso paradigmático y norma positiva, por lo que las expectativas e intereses subyacentes en la norma no eran consistentes con la visión programática del Paradigma.

Esta labor de contrastación supone asumir el marco teórico sobre intereses y expectativas que hemos glosado, y que seguidamente precisamos, para luego pasar a establecer la significación económica de estas en la coyuntura analizada, por cuanto los intereses y las expectativas tienen un sustrato económico; y finalmente terminar en el desenvolvimiento de las expectativas en la formulación del marco legal de los contratos administrativos regulados por la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.

II. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y LAS EXPECTATIVAS. ¿ES FACTIBLE ESTUDIAR LOS CONTRATOS A PARTIR DE LAS EXPECTATIVAS?

II.1. El dilema de la existencia o inexistencia de la autonomía de la voluntad en los contratos privados y administrativos

Desde la perspectiva de la Dogmática Jurídica, el contrato privado puede ser definido como el “acuerdo de dos o más partes, para constituir, regular o disolver entre ellas una relación jurídica patrimonial”⁵⁵², o como el acto jurídico “por el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”⁵⁵³. Las definiciones esbozadas comprenden al acuerdo como sinónimo de convenio, involucrando a su vez el *carácter voluntario*, la posición recíproca en que se encuentran las partes y, esencialmente, la composición de intereses en torno al patrimonio. La obligación que se genera como consecuencia de él, da lugar al nacimiento de derechos y deberes entre las partes; proceso en el cual se considera *parte* a aquella que ejerce una prerrogativa jurídica propia, vinculada por su *consentimiento*, constituyendo por ello un centro de interés⁵⁵⁴; *parte* que se desenvuelve en Libertad, condición que permite la realización de la voluntad.

Por otro lado, y sin entrar en el debate doctrinario sobre la existencia o autonomía del Contrato Administrativo respecto del Contrato Privado, y asumiendo la existencia de una concepción general del Contrato⁵⁵⁵, se define al Contrato Administrativo como “toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”⁵⁵⁶; relación en la que participan como partes la Administración Pública (Ente Público) y el Contratista (Ente Privado), quienes plasman su consentimiento a través de un acuerdo de voluntades, el mismo que se realiza mediante procedimiento y forma establecido por la legislación especial. Por su carácter de ente público, el Contrato Administrativo no deviene en una

⁵⁵² Ver: Messineo, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires, 1986. T. I. Pág. 41 - 44

⁵⁵³ Alterini, Atilio Anibal. *Contratos. Teoría General*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1999. Pág. 9

⁵⁵⁴ Ver: Alterini, Atilio Anibal. *Contratos. Teoría General* Ob. Cit. Pág. 8 y 16

⁵⁵⁵ “en el fondo no hay un contrato administrativo distinto al civil. Lo que ocurre es que el Derecho Administrativo, con objeto de resolver los problemas de sus sujetos, adopta el contrato en cuanto institución lógico - jurídica general, y lo modula o modifica hasta convertirlo en un contrato administrativo. Este viene así no ya a oponerse al contrato civil, sino a constituirse en una variedad del supraconcepto contrato, del cual sería otra variedad el propio contrato civil” García De Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. (Pág. 57)

⁵⁵⁶ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Ciudad Argentina, Buenos Aires. Pág. 475.

manifestación de la capacidad jurídica privada de la Administración o de las personas jurídico-públicas, sino, en una de las actuaciones que derivan de su específica “capacidad jurídico-pública”, la que se realiza “en ejercicio de una potestad pública determinada por el ordenamiento jurídico”⁵⁵⁷, con lo que su actuar se encuentra vinculado al ordenamiento jurídico positivo y, por ende, al Principio de Legalidad.

Así, el Contrato Administrativo deviene en una de las formas en que se exterioriza la capacidad administrativa de la Administración Pública, en el que se establece, a diferencia del Contrato Privado, una relación de desigualdad entre las partes, donde una representa el interés general y la otra, el interés particular⁵⁵⁸. Esta diferenciación y colisión de representaciones, donde se privilegia el interés general, conduce a la preponderancia del Estado en la relación contractual y a la relativización la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual. En los contratos administrativos el interés general deviene en hegemónico⁵⁵⁹.

II.2. La Libertad, la Autonomía de la Voluntad y la Función Económica del Contrato privado y administrativo

Establecidas las definiciones, analogías y diferencias entre el Contrato Privado y el Contrato Administrativo, podemos afirmar que estas se centran, para efectos del tema de la presente investigación, en tres rubros que tienen nexos existenciales el uno del otro: Libertad, autonomía de voluntad e interés.

En términos generales, la voluntad es el poder y la capacidad que tienen los particulares “para darse normas por sí mismos con el fin de regular sus intereses en el campo de las relaciones económico-sociales” siendo, en este sentido y en la medida que no atenten contra el orden público, libres de celebrar o no un Contrato, definiendo con quien lo celebrarán y el contenido del mismo. Desde esta

⁵⁵⁷Martínez López-Muñiz, José Luis. *Naturaleza de los Contratos Públicos a la Luz del Derecho Español, su Fundamento y sus Consecuencias*. En: Obra Homenaje al Prof. Miguel Marienhoff. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1998, Pág. 959

⁵⁵⁸ García De Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Cit. Pág. 677.

⁵⁵⁹ En el Informe de Gestión del CONSUCODE se establece que el factor que permite calificar a un contrato como contrato de la administración pública “no es la asignación de prerrogativas especiales a la administración pública como por ejemplo, la de resolver unilateralmente el contrato, sino el hecho de que por lo menos una de las partes que celebran el contrato es un organismo de la administración pública. A diferencia de lo que ocurre en la contratación privada, en la que la libre voluntad de las partes que contratan es un factor esencial para determinar el contenido de los contratos, en los contratos de la administración pública el margen de negociación directa entre las partes que contratan es muy reducido, porque la determinación de lo que se necesita contratar, así como de los parámetros dentro de los cuales se formará el contenido de los contratos, corresponde a la administración pública”.

perspectiva el individuo se obliga sólo por su voluntad, que es la fuerza vinculante; pero además, se establece que no puede haber voluntad sin interés.

En este orden de ideas, la Libertad constituye la sustancia y determinación de la voluntad libre⁵⁶⁰, la misma que puede ser puesta por las personas en las cosas que animan su voluntad de apropiación⁵⁶¹, y que se realiza por medio de otra voluntad, siendo esta actividad la esfera del Contrato⁵⁶², “la conciliación de una voluntad idéntica en la absoluta distinción de los propietarios que son por sí, e incluye el que cada uno con su voluntad y la del otro, cese de ser propietario, o permanezca y llegue a ser tal; conciliación de la voluntad de renunciar a una individual propiedad y de la voluntad de otro de aceptar una tal propiedad, en una conexión idéntica por la cual una voluntad se decide solamente en tanto existe otra voluntad”⁵⁶³.

De la articulación entre voluntad e interés surge la relación del Contrato con la economía, por cuanto se constituye en el instrumento “para satisfacer intereses de carácter particular”⁵⁶⁴ en los ámbitos patrimoniales, familiares, de bienes y servicios, de cooperación, de crédito⁵⁶⁵. Ampliando esta perspectiva, Atilio Aníbal Alterini, haciendo referencia al Código Civil francés, precisaba que este “... construyó el sistema jurídico-civil sobre la libertad, y proyectó esta idea de libertad sobre dos aspectos fundamentales: la libertad de gozar de los bienes y la libertad de intercambio de los bienes y servicios”⁵⁶⁶.

Al carecer el Contrato Administrativo de estas condiciones y al sustentarse en el Principio de Legalidad, no cabe discutir, en los términos expuestos, sobre la autonomía de la voluntad o libertad de las partes. No son temas relevantes para la definición del mismo. Con lo que estamos de acuerdo, pero disentimos con quienes consideran que ahí se acaba el tema.

Si, por las razones expuestas, la autonomía de la voluntad en los contratos administrativos se encuentra relativizada o es inexistente, entonces esta contrastación de hipótesis ya no tiene nada que decir al respecto, ya que todo está

⁵⁶⁰ Ver: Epígrafe 4 de Hegel, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*. Editorial Claridad, Buenos Aires, Argentina, 1987. Pág.46.

⁵⁶¹ Ver: Epígrafe 44 de Hegel, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*. Ob. Cit. Pág.73.

⁵⁶² Ver: Epígrafe 71 de Hegel, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*. Ob. Cit. Pág.91.

⁵⁶³ Ver: Epígrafe 74 de Hegel, Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*. Ob. Cit. Pág.92.

⁵⁶⁴ Messineo, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Cit. Pág. 34.

⁵⁶⁵ Ver: Messineo, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Cit. Pág. 36, 37.

⁵⁶⁶ Alterini, Atilio Aníbal. *Contratos. Teoría General*. Cit. Pág. 39.

dicho. Pero consideramos que no es así, toda vez que a pesar de las limitaciones queda el interés, el cambio y la economía.

II.3. La inexistencia de la Autonomía de la Voluntad en los Contratos Administrativos o la inexistencia de la Autonomía de la Voluntad en los contratos en general. Concluyendo o comenzando el Ensayo.

Somos de la opinión que el tema de fondo no es la autonomía de la voluntad, ni la libertad, sino el interés y la expectativa en relación con la economía, por cuanto en los contratos la articulación que se establece desde la perspectiva económica es la de Mercancía y Cambio, tal como se encuentra plasmado en investigaciones liberales y marxistas, algunas de las cuales seguidamente citamos.

Para Adam Smith, luego de establecida la división del trabajo “sólo una pequeña parte de las necesidades de cada hombre se pudo satisfacer con el producto de su propia labor”, por lo que tuvo que atender la mayor parte de sus necesidades “cambiando el remanente del producto de su esfuerzo, en exceso de lo que consume, por otras porciones del producto ajeno, que él necesita”. Así, el hombre terminó viviendo gracias al cambio, “convirtiéndose (...) en mercader, y la sociedad misma prospera hasta ser lo que realmente es, una sociedad comercial, por cuanto en cualquier período de la sociedad, después de establecida la división del trabajo, el hombre “procuró manejar sus negocios de tal forma que en todo tiempo pudiera disponer, además de los productos de su actividad peculiar, de una cierta cantidad de cualquier otra mercancía, que a su juicio escasas personas serían capaces de rechazar a cambio de los productos de su respectivo esfuerzo”⁵⁶⁷.

Por su parte, Marx, desarrollando la idea de Adam Smith, pero vinculándola expresamente al tema contractual, indicaba que al ser la producción el eje explicativo de la vida material de una sociedad⁵⁶⁸ y el intercambio de mercancías el pilar del sistema económico, la realización de éste intercambio obliga a que los poseedores de las mismas se relacionen mutuamente “como personas cuyas voluntades residan en dichas cosas, de tal forma que la voluntad del uno sea también la voluntad del otro, y que cada uno se apropie de la mercancía ajena

⁵⁶⁷ Ver: Smith, Adam. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Cit. Pág. 24

⁵⁶⁸ Ver: Marx, Carlos. *Introducción General a la Crítica de la Economía Política – 1857*. Cit.

abandonando la suya mediante un acto voluntario. Deben... reconocerse recíprocamente como propietarios. Esta relación jurídica, cuya forma es el contrato, esté o no reglamentada, no es más que la relación de las voluntades en la cual se refleja la relación económica”⁵⁶⁹.

Siguiendo el criterio expuesto se concluye que en una sociedad mercantil, “todo es mercancía o puede devenir tal”, por lo que el hombre se encuentra sumergido en un torrente mercantil, imposibilitado de escapar de él, sujeto a leyes económicas objetivas de la circulación de mercancías, no pudiendo eludir al intercambio. Por ello, se afirma que “nadie tiene la posibilidad de no cambiar; el que no cambia, perece... no existe la libertad para no cambiar; la “voluntad” no está en posición de elegir entre cambiar y no cambiar”⁵⁷⁰, ni de hacerlo en la proporción que lo desee⁵⁷¹. Así, la voluntad libre desaparece para ir a radicar en la mercancía “... no existe la voluntad subjetiva de los individuos, sino la voluntad objetiva de las cosas. Son las mercancías las que se enfrentan en el mercado (...) los hombres han creado valores de cambio cuyo destino es cambiarse; y si ese destino no se cumple, perece aquél que las ha producido”⁵⁷². Pero las mercancías no pueden ir solas al mercado, ni cambiarse ellas mismas entre sí⁵⁷³, y es aquí donde emergen las partes, independientemente de la condición jurídica de cada una.

Por lo tanto, si asumimos que el Contrato tiene un rol esencialmente económico, el de formalizar jurídicamente el intercambio de facto, la Autonomía de la Voluntad no sería un criterio válido para establecer diferencias entre los contratos administrativos y los contratos privados. Ni tampoco la Libertad. Ya que tanto una como la otra se encuentran cuestionadas en su existencia ante la objetividad y necesidad de cambio de la mercancía; por lo que abordar el estudio a partir de las diferencias de cada uno no nos conduce a buen puerto para comprender la esencia de los contratos que se celebran en la Administración Pública, ni mucho menos como se desenvuelven las Expectativas.

De lo hasta aquí expuesto, y para efectos de la investigación, no es relevante el estudio de la voluntad, por cuanto esta reside en la mercancía, apreciación que

⁵⁶⁹ Marx, Carlos. *El Capital*. Tomo I. Cit. Pág.87.

⁵⁷⁰ Correas, Óscar. *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica*. Fontamara. México, 1998. 224 Págs. Pág. 125.

⁵⁷¹ Correas, Óscar. *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica* Ob. Cit. Pág.127.

⁵⁷² Correas, Óscar. *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica*. Ob. Cit. Pág.129.

⁵⁷³ Ver: Marx, Carlos. *El Capital*. Cit. Pág. 87.

impone la necesidad de abordar el estudio a partir de la realización de la misma, del intercambio, donde las partes involucradas en un Contrato Administrativo desenvuelven su actividad en un orden legal previamente establecido (Principio de Legalidad), estableciéndose entre ellas, Contratista y Estado, la relación Mercancía-Dinero-Servicio, Bien u Obra.

Por ello ingresamos a la contrastación de la segunda Hipótesis a partir del estudio de los intereses ó expectativas de las partes involucradas, comenzado por la significación económica de las contrataciones y adquisiciones estatales, a quiénes se contrató y dónde se gastó.

III. LA SIGNIFICACIÓN ECONÓMICA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN LA COYUNTURA 2001-2008

Determinar la materialidad de las contrataciones y adquisiciones estatales implica analizar y cruzar las variables que a ellas se vinculan. Así, a efectos de obtener una mejor explicación del gasto público y las expectativas que se generan, seguidamente la información que hemos organizado en cuadros, los mismos que hemos estructurado a partir de los datos que consigna el OSCE (ex – CONSUCODE) en sus informes de gestión.

Los datos que presentamos corresponden a la coyuntura 2001-2008, y nos deben permitir apreciar la compleja articulación que se produce en la aplicación de la norma objeto de análisis.

III.1. Número de entidades y monto de gasto presupuestado

RELACIÓN NÚMERO DE ENTIDADES Y MONTO DE GASTO PRESUPUESTADO

PERÍODO	NÚMERO DE ENTIDADES PÚBLICAS	MONTO PROGRAMADO (PAAC)
2001-2005	2850	12 mil millones de nuevos soles (cifra promedio)
2006	2741 (Sólo 1941 publicaron PAAC)	27,224.38 millones de nuevos soles ⁵⁷⁴
2007	2334	28, 828.5 millones de nuevos soles ⁵⁷⁵

⁵⁷⁴ Ver: Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. *Informe de Contrataciones Públicas. Demanda, Oferta y Ahorros Nominales 2006*. <http://www.consucode.gob.pe/opcion.asp?ids=11&ido=68>. Págs. 5 y 14.

⁵⁷⁵ Ver: Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. *Informe de Contrataciones Públicas. Demanda, Oferta y Ahorros Nominales 2007*. <http://www.consucode.gob.pe/opcion.asp?ids=11&ido=68>. Págs. 6y 18.

2008	2429	40,311 millones de nuevos soles ⁵⁷⁶
------	------	--

Los datos recopilados y ordenados en el Cuadro precedente nos permiten apreciar que en el período 2001-2005 el gasto público presupuestado para contrataciones y adquisiciones se mantuvo constante, 12 mil millones de soles, pero esta cifra comenzó a modificarse sustancialmente a partir del 2006, año en que se produce el cambio de Gobierno, donde se pasa de 12 mil a 27, 224.38 millones de nuevos soles, monto en que suponemos influyó la vocación de gasto público que mostro en su discurso inaugural de asunción de mando el Presidente de la República Dr. Alán García Pérez⁵⁷⁷, cifra se ha mantenido un incremento constante ya que pasó en el 2008 a 40, 311 millones de nuevos soles, con lo que se triplicó el gasto programado respecto del año 2005, pero además, la sumatoria de los años 2006 al 2008 hacen un monto de S/. 96,363.88 millones de nuevos soles, casi el doble del gasto programado en el quinquenio 2001-2005.

III.2. Lugares donde se ejecuta el gasto en contrataciones y adquisiciones del Estado. ¿Dónde se gastó?

En relación a esta interrogante debemos indicar que la de la revisión de los informes del CONSUCODE no hemos podido obtener cuadros precisos, en cuanto a cifras de dinero, para los años 2001-2004. Sólo obtuvimos datos en cifras ciertas para los años 2005 al 2008, por lo que hemos estructurado un cuadro sobre la base de dicha información.

En cuanto a la relevancia de la información en mención debemos indicar que ella nos permite establecer los lugares en que se concentró el gasto público en contrataciones y adquisiciones, constatándose que efectivamente existe una tendencia a reorientar el gasto hacía el interior del país, donde algunas regiones han superado al gasto ejecutado en la Región Callao.

⁵⁷⁶ Ver: Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. *Reporte de Contrataciones Públicas a Mayo del 2008*. <http://www.consucode.gob.pe/opcion.asp?ids=11&ido=68>.

⁵⁷⁷ En el discurso del 28 de julio de 2006, el Presidente anunciaba lo siguiente: "SHOCK DE INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA POR PARTE DEL ESTADO. CON EL FONDO GENERADO POR LA AUSTERIDAD, CON EL APOORTE DE LAS EMPRESAS MINERAS, CON EL CRÉDITO DEL BANCO MUNDIAL, DEL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO Y DE LA CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO ASÍ COMO CON LA COOPERACIÓN DE LOS GOBIERNOS AMIGOS. EN LOS PRÓXIMOS 17 MESES LANZAREMOS UN VIGOROSO PROGRAMA DE INVERSIONES EN AGUA POTABLE, ELECTRIFICACIÓN RURAL, CARRETERAS, CAMINOS VECINALES, INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA Y HOSPITALARIA, PEQUEÑAS IRRIGACIONES Y CANALES PARA AUMENTAR EL EMPLEO Y LA CAPACITACIÓN PRODUCTIVA EN LAS ZONAS RURALES Y ESPECIALMENTE EN EL SUR DEL PAÍS. ESTE FONDO PARA COMBATIR LA POBREZA TENDRÁ UN MONTO APROXIMADO DE 5,000 MILLONES DE SOLES ADICIONALES AL PRESUPUESTO NACIONAL".

En conclusión, a pesar de que se mantiene la mayor concentración del gasto en Lima (Metropolitana y provincias), se está produciendo una mayor inversión en el interior del país.

MONTO EJECUTADO (Millones de soles)

Región	2005 ⁵⁷⁸	2006 ⁵⁷⁹	2007 (el dato a setiembre) ⁵⁸⁰	2008 ⁵⁸¹ PROGRAMADO	2008 EJECUTADO
Lima	S/. 6,934.9	13,418.2	S/. 11,885.7	S/. 9,292.5	S/. 4,264.3
Prov. Const. Del Callao	S/. 250.5	S/. 406.9	S/. 463.8	S/. 1,062.7	S/. 631.2
Arequipa	S/. 181.6	S/. 393.1	S/. 493.2	S/. 832.2	S/. 490.5
Cajamarca	S/. 135.6	S/. 219.9	S/. 184.6	S/. 475.6	S/. 260.9
Piura	S/. 133.8	S/. 418.2	S/. 454.6	S/. 724.9	S/. 321.3
Cusco	S/. 128.5	S/. 561.1	S/. 644.1	S/. 1,273.6	S/. 858.5
Loreto	S/. 106.9	S/. 587.5	S/. 317.8	S/. 720.8	S/. 329.9
Ucayali	S/. 101.0	S/. 210.8	S/. 199.2	S/. 460.5	S/. 233.9
La Libertad	S/. 97.9	S/. 242.6	S/. 416.1	S/. 623.9	S/. 306.7
Junín	S/. 85.3	S/. 230.0	S/. 328.4	S/. 651.1	S/. 334.1
Tacna	S/. 73.4	S/. 241.2	S/. 390.3	S/. 509.0	S/. 246.1
Moquegua	S/. 62.7	S/. 123.4	S/. 309.0	S/. 421.2	S/. 237.1
Ancash	S/. 57.7	S/. 206.2	S/. 691.7	S/. 1,597.3	S/. 671.5
Puno	S/. 41.2	S/. 228.3	S/. 441.1	S/. 702.7	S/. 292.8
Huánuco	S/. 40.7	S/. 104.3	S/. 167.1	S/. 289.2	S/. 169.7
Tumbes	S/. 29.2	S/. 144.2	S/. 130.3	S/. 188.3	S/. 76.7
Ayacucho	S/. 28.4	S/. 139.2	S/. 226.5	S/. 293.0	S/. 157.2
Ica	S/. 28.3	S/. 168.3	S/. 157.9	S/. 476.6	S/. 243.3
Lambayeque	S/. 24.2	S/. 113.5	S/. 232.3	S/. 1,228.7	S/. 1,060.4
Huancavelica	S/. 22.0	S/. 150.2	S/. 249.5	S/. 412.4	S/. 198.7
San Martín	S/. 19.5	S/. 132.2	S/. 111.4	S/. 331.7	S/. 239.9
Amazonas	S/. 15.6	S/. 54.1	S/. 110.3	S/. 240.9	S/. 94.8

⁵⁷⁸ Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Informe Anual de Contrataciones y Adquisiciones Públicas 2005. Pág. 27.

⁵⁷⁹ Ver: Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. *Informe de Contrataciones Públicas. Demanda, Oferta y Ahorros Nominales 2006*. <http://www.consucode.gob.pe/opcion.asp?ids=11&ido=68>. Pág. 14.

⁵⁸⁰ Ver: Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. *Informe de Contrataciones Públicas. Demanda, Oferta y Ahorros Nominales 2007*. <http://www.consucode.gob.pe/opcion.asp?ids=11&ido=68>. Pág. 17.

⁵⁸¹ Ver: Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. *Informe de Contrataciones Públicas. Demanda, Oferta y Ahorros Nominales 2007*. <http://www.consucode.gob.pe/opcion.asp?ids=11&ido=68>. Datos se setiembre de 2008.

Pasco	S/. 10.6	S/. 154.4	S/. 200.6	S/. 652.9	S/. 311.7
Apurímac	S/. 7.6	S/. 43.0	S/. 72.4	S/. 171.5	S/. 92.2
Madre de Dios	S/. 7.0	S/. 17.8	S/. 61.8	S/. 171.5	S/. 92.2

III.3. En qué se gastó?

En este rubro debemos precisar que la referencia la haremos esencialmente respecto de los procedimientos clásicos, los que comprenden a la Licitación Pública, Concurso Público, y las distintas modalidades de adjudicación. No incidiremos, aunque los citaremos, en los procesos especiales, como la Subasta Inversa, Convenio Marco y otros, por lo que las cifras no coinciden con las referidas en los cuadros precedentes, en especial en lo relacionado a bienes y obras. Asimismo, precisamos que las cifras que mostramos las hemos consolidado, por cuanto los rubros varían de un Informe a otro.

OBJETO	MONTO CONVOCADO			
AÑOS	2005 ⁵⁸²	2006 ⁵⁸³	2007 ⁵⁸⁴	2008 ⁵⁸⁵
BIENES	6,752.6	3988.35	3,769.46	3,284.0
OBRAS	1993.5	1,715.16	1725.56	1,877.0
SERVICIOS	3399.7	2620.95	2866.60	2,306.0

III.4. Con quiénes se contrató?. Cuáles fueron los principales proveedores del Estado?

Tan importante como saber cuánto, dónde y cómo se gastó, es saber con quiénes se contrató. Para ello, siempre apoyándonos en la información del CONSUCODE,

⁵⁸² Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Informe Anual de Contrataciones y Adquisiciones Públicas 2005. Pág. 23.

⁵⁸³ Ver: Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. *Informe de Contrataciones Públicas. Demanda, Oferta y Ahorros Nominales 2006*. <http://www.consucode.gob.pe/opcion.asp?ids=11&ido=68>. Pág. 19.

⁵⁸⁴ Ver: Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. *Informe de Contrataciones Públicas. Demanda, Oferta y Ahorros Nominales 2007*. <http://www.consucode.gob.pe/opcion.asp?ids=11&ido=68>. Pág. 21.

⁵⁸⁵ Ver: Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. *Informe de Contrataciones Públicas. Demanda, Oferta y Ahorros Nominales 2008*. <http://www.consucode.gob.pe/opcion.asp?ids=11&ido=68>. Datos a setiembre del 2008.

la misma que comienza a consignarse a partir del 2006, haremos una relación de los principales proveedores del Estado.

**BIENES
(MONTOS ADJUDICADOS)
LOS 10 PRINCIPALES PROVEEDORES DEL ESTADO EN EL 2006**

AÑO PROVEEDOR	2006
AYS S.A.	S/. 143.6 Millones de nuevos soles (18.7%)
PETROPERÚ	S/. 140.1 (18.2%)
Empresa Eléctrica de Piura S.A.	S/. 137.3 (17.9%)
ORVISA S.A.	S/. 67.8 (8.8%)
Refinería La Pampilla S.A.	S/. 56.6 (7.4%)
Instituto Quimioterápico S.A.	S/. 52.1 (6.8%)
Repsol Comercial	S/. 49.9 (6.5%)
Labotarorios AC Farma S.A.	S/. 45.0 (5.8%)
Química Suiza S.A.	S/. 39.9 (5.2%)
Empresa Comercializadora del Petróleo SAC	S/. 36.7 (4.8%)
Demás proveedores (15,619)	4,365.3 (85%)

LOS 10 PRINCIPALES PROVEEDORES DEL ESTADO EN EL 2007

<div style="text-align: center;">AÑO</div> <div style="text-align: center;">PROVEEDOR</div>	2007
PLUSPETROL NORTE S.A.	S/. 878.86 Millones de nuevos soles (53.6%)
Petrolera Monterrico S.A.	S/. 167.86 (10.3%)
Maple Gas Corp. del Perú	S/. 119.54 (7.3%)
Niisa Corporatio S.A.	S/. 93.85 (5.7%)
Petroperú S.A.	S/. 93.58 (5.7%)
Energotec S.A.	S/. 81.04 (5.0%)
BPZ Exploración & Producción S.R.L.	S/. 68.49 (4.2%)
Mitsui Maquinarias Perú S.A.	S/. 46.40 (2.8%)
Olympic Perú Inc. Sucursal .	S/. 45.18 (2.8%)
Mittal Apliances Limited	S/. 43.53 (2.7%)
Demás proveedores (20,035)	4,794.19 (75%)

La revisión de los datos nos permite constatar, además del incremento sustancial de proveedores del Estado y una modificación de los 10 principales proveedores.

LOS 10 PRINCIPALES PROVEEDORES DEL ESTADO EN EL 2008

<div>AÑO</div> <div>PROVEEDOR</div>	2008
PETROPERU SA. .	S/. 264.7 Millones de nuevos soles (34.5%)
NISSAN S.A.	S/. 92.0 (12.0%)
Ferreyros S.A.	S/. 75.1 (9.8%)
Atlas Electronik-GMBH	S/. 65.1 (8.5%)
Santillana S.A.	S/. 47.8 (6.2%)
Hersill S.A.	S/. 47.4 (6.2%)
LAB AC FARMA	S/. 47.1 (6.1%)
PETROPERU-JULIA DIEZ-ELISEO MAMANI	S/. 46.6 (6.1%)
VOLVO PERÚ S.A.	S/. 45.8 (6.0%)
NISSAN CORP.	S/. 34.8 (4.5%)
Demás proveedores (20,035)	5, 228.00 (87.2%)

**SERVICIOS
(MONTOS ADJUDICADOS)**

LOS 10 PRINCIPALES PROVEEDORES DEL ESTADO EN EL 2006

AÑO PROVEEDOR	2006
Rímac Internacional	S/. 74.7 Millones de nuevos soles (17.6%)
Petramás S.A.C	S/. 66.1 (15.6%)
Pacífico Peruano Suiza	S/. 50.7 (12.0%)
Cons, IBM del Perú –IBM Bussines Services del Perú	S/. 43.5 (10.3%)
ESVISAC	S/. 42.2 (10.0%)
Telefónica del Perú	S/. 39.7 (9.4%)
SILSA	S/. 36.2 (8.5%)
Petrolera Transoceánica S.A.	S/. 30.4 (7.2%)
Consorcio Equifax Perú S.A.-Technetsol	S/. 20.5 (4.8%)
Agencia Marítima y naviera Marking	S/. 19.4 (4.6%)
Demás proveedores (50,908)	2,529.0 (85.7%)

LOS 10 PRINCIPALES PROVEEDORES DEL ESTADO EN EL 2007

<div>AÑO</div> <div>PROVEEDOR</div>	2007
Consortio Gestión de Carreteras	S/. 250.82 Millones de nuevos soles (34.3%)
Rímac Internacional Cía. de Seguros	S/. 75.92 (10.4%)
Petrolera Transoceánica S.A.	S/. 75.59 (10.3%)
Consortio Vial Ancash	S/. 59.56 (8.1%)
Concyssa S.A.	S/. 55.74 (7.6%)
Consortio GyM Concar	S/. 55.45 (7.6%)
SILSA (Servicios Integrados de Limpieza S.A.)	S/. 42.91 (5.9%)
IBM del Perú SAC	S/. 40.78 (5.6%)
Telefónica del Perú	S/. 39.74 (5.4%)
Petramás SAC	S/. 34.64 (4.7%)
Demás proveedores (55,949)	3,055.88 (80.0%)

LOS 10 PRINCIPALES PROVEEDORES DEL ESTADO EN EL 2008

AÑO PROVEEDOR	2008 ⁵⁸⁶
Corporación Aeronáutica Rusia-MIG	S/. 336.3 Millones de nuevos soles (43.2%)
Rímac Internacional Cía. de Seguros	S/. 76.8 (9.9%)
Telefónica del Perú	S/. 71.6 (9.2%)
Int. & Com. Global SAC	S/. 67.3 (8.6%)
SILSA S.A.	S/. 64.8 (8.3%)
Consortio Vial Perú	S/. 47.6 (6.1%)
GMD S.A.	S/. 34.4 (4.4%)
Cons. Pacífico-Rímac	S/. 27.2 (3.5%)
PETRAMAS	S/. 26.5 (3.4%)
DOMIRUTH SAC	S/. 25.9 (3.3%)
Demás proveedores (55,949)	3,058.00 (79.7%)

En comparación con el período anterior, se aprecia el protagonismo de nuevos actores, el de las empresas vinculadas a la venta de armas, seguros, construcción y mantenimiento de carreteras.

⁵⁸⁶ Datos a Noviembre del 2008.

OBRAS

LOS 10 PRINCIPALES PROVEEDORES DEL ESTADO EN EL 2006

AÑO PROVEEDOR	2006
Cons. Puente Chino	S/. 158.0 Millones de nuevos soles (16.7%)
G y M S.A.	S/. 119.7 (12.7%)
Cons. Abengoa	S/. 119.0 (12.6%)
Const, Norberto Odebretch S.A.	S/. 112.0 (11.9%)
Ingenieros Civiles y Contratistas Generales	S/. 103.2 (10.9%)
Energoprojekt-Niskogradnja S.A.	S/. 77.8 (8.2%)
Const. Sargento Lorentz	S/. 66.2 (7.0%)
Const. Carabayllo	S/. 65.6 (6.9%)
Cont. Bellavista (Cosapi S.A. T&D SAC)	S/. 64.0 (6.8%)
Ferrocarril Central Andino S.A.	S/. 59.7 (6.3%)
Demás proveedores (2,298)	2,398.7 (71.7%)

LOS 10 PRINCIPALES PROVEEDORES DEL ESTADO EN EL 2007

AÑO PROVEEDOR	2007
Consortio Vial Amazonas	S/. 155.3 Millones de nuevos soles (22.2%)
Consortio Constructor Río Santa	S/. 90.17 (12.9%)
Consortio Juanjuí	S/. 76.80 (11.0%)
Consortio Balkan	S/. 72.94 (10.4%)
Consortio Real	S/. 58.0 (8.3%)
G y M S.A.	S/. 57.67 (8.2%)
Constructora Upaca S.A.	S/. 50.30 (7.2%)
Consortio Cajamarca	S/. 48.39 (6.9%)
Consortio JJC – Incot	S/. 45.13 (6.4%)
Consortio San Pedro	S/. 44.95 (6.4%)
Demás proveedores (2,941)	3,089.15 (82.0%)

LOS 10 PRINCIPALES PROVEEDORES DEL ESTADO EN EL 2008

AÑO PROVEEDOR	2008
ODEBRECHT PERÚ SAC	S/. 109.6 Millones de nuevos soles (18.3%)
Constructora Málaga	S/. 87.0 (14.5%)
Consortio Sullana	S/. 66.0 (11.0%)
Consortio Perú	S/. 56.4 (10.4%)
COLESI Const. Generales S.A.	S/. 52.7 (8.3%)
CONALVIA S.A.	S/. 51.6 (8.6%)
INCOT S.A. .	S/. 48.1 (7.2%)
Consortio de la Salud-Moquegua	S/. 42.8 (7.1%)
Consortio Saneamiento Ñaña	S/. 42.4 (7.1%)
COBRA PERÚ S.A.	S/. 42.1 (7.0%)
Demás proveedores (2,941)	3,015.5 (83.4%)

En este caso, al igual de lo que sucedió en bienes, de un año a otro se produjo una modificación sustancial de proveedores del Estado.

III.5. Interpretando los cuadros

Al iniciar el presente subtítulo indicábamos que a efectos de obtener una mejor explicación de las expectativas que se generan requeríamos determinar previamente la materialidad de las contrataciones y adquisiciones estatales. En este orden procedimos a exponer algunas de las principales variables y la forma como se habían desenvuelto en los últimos años.

El resultado de dicha exposición consiste en que podemos apreciar como en los últimos año las contrataciones públicas han ido incrementando su significación económica, el gasto público ha sido concentrado en determinadas regiones y algunos contratistas han mantenido su condición de principales durante algunos años, coexistiendo con una gran cantidad de pequeños y medianos contratistas. En un escenario como éste los intereses y las expectativas de los actores se confrontan y buscan manifestarse a través de sistema jurídico.

IV. EL DESENVOLVIMIENTO DE LAS EXPECTATIVAS EN LA NORMATIVA DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

Establecida la perspectiva analítica y la materialidad económica de las contrataciones y adquisiciones del Estado corresponde, siempre en el camino de contrastación de nuestra segunda hipótesis, establecer la correspondencia entre el desenvolvimiento de la expectativa en la normativa y el Paradigma Liberal, hegemónico en la coyuntura 2001-2008.

De acuerdo con nuestra hipótesis, la discordancia entre discurso jurídico-ideológico y Paradigma político-económico habría afectado la consistencia de los actores políticos al momento de promulgar la norma acotada. Esta propuesta supone recurrir, sustancialmente, al Diario de los Debates. ¿Qué se discutió?, ¿El debate tuvo nivel ideológico? ¿Eran conscientes los actores políticos de la trascendencia de la norma y de la necesidad de que exista correspondencia con el Paradigma hegemónico?

IV.1. La Metodología de análisis

En relación a esta Metodología, consideramos, de acuerdo a lo expresado por Hayek respecto del relegamiento que de la experiencia histórica hace el constructivismo⁵⁸⁷ que la mejor vía para el Racionalismo Evolucionista es la Metodología de la Escuela Histórica del Derecho; mientras que atendiendo la preocupación de Weber y Habermas por el desarrollo de las expectativas a través del Derecho garantizado por la coacción, la propuesta sería la de la Escuela de la Exégesis.

Teniendo como referencia a estas escuelas metodológicas, estudiaremos, mediante la primera, la Escuela Histórica, el Diario de los Debates del Congreso de la República respecto de la discusión en torno a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; y con la segunda, la Escuela de la Exégesis, la Ley misma a efectos de determinar la correspondencia entre Paradigma y discurso jurídico-ideológico.

IV.1.1. La Escuela Histórica y el Diario de los Debates

La Escuela Histórica constituye la respuesta, desde Alemania, a la hegemonía que había adquirido la Escuela Francesa de la Exégesis y tiene como representante a Savigny⁵⁸⁸, quien afirmaba que todo Derecho “tiene su origen en aquellos usos y costumbres”, que se crea primero “por las costumbres y creencias populares, y luego por la jurisprudencia; siempre... en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador”⁵⁸⁹.

A diferencia de la Escuela de la Exégesis, la Escuela Histórica deja de considerar a la Ley como única expresión del Derecho, eliminando la categoría de dogma que se le había otorgado. La Ley constituye la manifestación más evolucionada del Derecho y debe ser estudiada en relación con su devenir histórico a efectos de otorgarle una auténtica significación; reducir el Derecho a la Ley constituye no sólo un método incompleto, sino la eliminación del carácter científico del mismo⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ Hayek, F. *Derecho, Legislación y Libertad*. Tomo I. Cit. Pág. 33

⁵⁸⁸ De Savigny, F. *De la Vocación de nuestro siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho*. Editorial Atalaya. Buenos Aires, 1946. 172 Págs.

⁵⁸⁹ De Savigny, F. *De la Vocación de nuestro siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho*. Cit. Pág. 48

⁵⁹⁰ Ver: Carvallo, Adolfo. *Métodos de Interpretación en la Ciencia del Derecho*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Prensas de la Escuela de derecho de Valparaíso. 1962. 49 Págs. Pág. 14.

Así, se invierte la propuesta sobre el origen del Derecho, el mismo que no provendría de la razón sino del conjunto de vivencias colectivas del ser humano, en sus costumbres, de “ las tradiciones de cada pueblo, a su peculiar modo de ser; refleja y satisface sus necesidades por imperativo de la ley de la causalidad”⁵⁹¹, de la conciencia popular, de la historia, que se encuentra en constante evolución y, donde el Estado, que no es más que una creación humana, sólo se limita a concretizarlo en Ley; “...el Derecho es producto del desarrollo histórico de los pueblos. Esto significa que el Derecho Positivo no ha surgido por generación espontánea; al contrario, las normas jurídicas y los institutos a ellas vinculados son el resultado de la larga y paciente labor humana. Un criterio *histórico* parte del concepto de que el Derecho es un fenómeno cultural, un proceso que se desarrolla en el espacio y en el tiempo; pensamiento y conducta del hombre para la regulación de su vida social, en constante mutación a consecuencia de factores exógenos y endógenos. Se considera así que el Derecho, al igual que las demás manifestaciones de la cultura, es objeto y contenido de la historia”⁵⁹².

Según Savigny, las relaciones de vida típicas (matrimonio, patria potestad, etc.) cuya significación era conocida constituían los “institutos jurídicos”, los mismos que devenían en punto de partida y fundamento de la evolución del Derecho. Así, la interpretación de las reglas contenidas en la Ley sólo podían ser asumidas partiendo de la contemplación del instituto jurídico por el que se dejó guiar el legislador al formularlas⁵⁹³ y sólo posteriormente podrán ser deducidas por “abstracción” de los institutos jurídicos.

Desde esta perspectiva, planteaba, metodológicamente, que el origen de la norma legal era consecuencia de dos tipos de influencia, una de naturaleza interna y otra, de naturaleza externa. La influencia interna mostraba “el pensamiento de quienes en una u otra forma participaron en su creación y se hacen tangibles a través de actas de las comisiones, trabajos preparatorios, debates, etc.”; influencia que originaba la interpretación histórica subjetiva. Por su parte, la influencia externa estaba constituida por “las transformaciones sociales, económicas, políticas y

⁵⁹¹ Hernández – Gil, A. *Las Direcciones Metodológicas en la Ciencia del Derecho y la Consideración de la Realidad Social*. Instituto Editorial REUS. Madrid, 1944. 32 Págs. Pág.9.

⁵⁹² Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. *Metodología y Técnica de la Interpretación Jurídica*. Publicaciones de la U.E.C. Bogotá, 1965. 80 Págs. Págs. 15, 16.

⁵⁹³ Larenz, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Editorial Ariel. Barcelona, 1980. Pág.34.

culturales del país en que la norma surge y sobre el cual necesariamente inciden”⁵⁹⁴, produciendo la interpretación histórica objetiva.

En este orden de ideas, se planteaba que para el conocimiento de la Ley era necesario proceder a reconstruir el pensamiento contenido en los textos, considerar la intención del legislador, para lo que se debía recurrir a las fuentes de origen, tales como: “trabajos preparatorios, informes de comisiones parlamentarias, anteproyectos, exposición de motivos, etc.”, siendo esta técnica de investigación propia de la interpretación histórica subjetiva. Sin embargo, lo expuesto, no significa desconocer el hecho que esta escuela terminó asimilando la lógica normativa y el análisis gramatical.

IV.2. Análisis de las Expectativas en la Ley N° 26850 y en el Decreto Legislativo N° 1017

IV.2.1. El Análisis del Diario de los Debates. La discusión previa a la promulgación de la Ley N° 26850

Teniendo presente la corriente teórico-metodológica de la Escuela Histórica, seguidamente emprenderemos el estudio del Diario de los Debates del Congreso de la República, donde se consignan las discusiones que se sucedieron en torno a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, las mismas que se iniciaron el día miércoles 2 de julio de 1997.

En aquella fecha, en la 26ª Sesión Vespertina del Congreso de la República se inicio el Debate del nuevo texto sustitutorio que proponía la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado⁵⁹⁵, cuyo Dictamen de la Comisión de Fiscalización, había sido aprobado por unanimidad.

Por cuestiones de índole metodológico-expositivas, a fin de no presentar el texto de todo el debate, tal como se produjo en ese momento, el cual puede ser consultado en los archivos del Congreso de la República, hemos considerado conveniente, luego del análisis del mismo, organizar la exposición por temas relevantes. ¿Qué se discutió en las sesiones del Congreso?

⁵⁹⁴ Ver: Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. *Metodología y Técnica de la Interpretación Jurídica*. Cit. Pág. 16.

⁵⁹⁵ Proyecto de Ley N° 2732/96-CR

La respuesta a la interrogante nos brindará la organización de la exposición. Como es lógico, se plantearon argumentos de defensa desde la esfera política y desde el ámbito técnico, criterio que también sucedió en las críticas al mismo; también se trataron temas referidos a los términos de participación de los funcionarios públicos de alto nivel jerárquico; el rol de la Contraloría General de la República; cuestionamiento a la vigencia de los procesos de selección internacionales, como era el caso de la Ley N° 25565; la presentación de los intereses de los particulares, como la Cámara de Comercio de Lima o los ejecutores de obras; y el incremento injustificado de los montos presupuestales para determinar en qué casos procede una Licitación Pública o Concurso Público. Sobre esta base temática desarrollaremos seguidamente el análisis del Diario de los Debates, haciendo la precisión final de que hemos desechado argumentos que no tenían mayor significación para el objeto de la presente investigación.

i. Contexto del Debate Parlamentario

La formulación del proyecto, discusión y aprobación se efectuó en un contexto de economía de mercado, que había sido impuesta en el país desde inicios de la década de los noventa como consecuencia de la política económica de ajuste estructural aplicada por el régimen presidido por el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori; considero que esta precisión es relevante, toda vez que, de acuerdo a lo precedentemente glosado, tiene relación directa con los intereses y expectativas que hemos analizado.

Por otro lado debemos tener presente que hacia el año 1997, La Comisión de Fiscalización del Congreso de la República que formuló el proyecto de Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y que lo aprobó por unanimidad, sólo estaba integrada por representantes de la mayoría oficialista, Cambio 90/Nueva Mayoría, vinculada al Ingeniero Alberto Fujimori, por cuanto la oposición había renunciado; lo que significa que en dicha Comisión se aprobó sin oposición política.

A pesar de esta situación y de la reconocida importancia administrativa y económica de la norma que se pretendía aprobar⁵⁹⁶, y de la forma discutible como había sido puesta en la Agenda de Debate⁵⁹⁷, aspecto que era reiteradamente relevado por los congresistas de la oposición, la discusión que se realizó en la 26ª Sesión del Congreso, sólo se llevó a cabo el día 02 de julio, en Sesión Vespertina y 03 de julio en sesiones matinal y vespertina. A los congresistas sólo les tomó día y medio discutir una de las principales normas del Estado, en el marco de la cual se gastaban 14 mil millones de nuevos soles al año o su equivalente, aproximadamente 5 mil millones de dólares americanos.

ii. Los argumentos políticos que sustentaron el Proyecto y la crítica al mismo

Establecido el contexto, nos avocaremos a la evaluación de los argumentos expuestos por los señores congresistas de aquella época. En el sustento inicial del proyecto, el **Congresista Lam Álvarez**⁵⁹⁸ indicaba que la iniciativa se enmarcaba

⁵⁹⁶ El señor CÁCERES VELÁSQUEZ (PLURAL).— “Pocas veces ha habido en el debate del Congreso un documento tan complejo. Seguramente hay muchos intereses gravitando, y esto incide fundamentalmente en la mayoría, porque es la que tiene el timón del Gobierno, del Estado y de la administración pública”.

⁵⁹⁷ El señor VELÁSQUEZ QUESQUÉN (PAP).— “... me parece poco serio que en los minutos previos nos entreguen aproximadamente dieciséis fe de erratas. Esto nunca ha sucedido, no es una práctica parlamentaria normal, regular”.

El señor CÁCERES VELÁSQUEZ (PLURAL).— “ Se trata del cumplimiento de una norma del Reglamento que no debería estar sometida a votación, porque evidentemente hay un documento que nos ha sido entregado hace pocos minutos. En el momento que estaba sesionando la Comisión Permanente ha venido el conserje y me ha entregado un documento al cual yo no le había dado mayor importancia; pero, cuando estaba hablando el señor Velásquez Quesquén, lo lei y me encontré, con gran sorpresa, con correcciones en numerosos artículos. No son catorce artículos, son tres hojas de correcciones. Estaba tratando de hacer el apunte y en eso se ha puesto en debate el tema.

Valdría le pena, señora Presidenta, que por lo menos se rectificase la votación que se hizo hace un momento, y luego de ello le ruego concederme la palabra”. (...) “Se trata de un documento sumamente delicado. El mismo Presidente de la Comisión ha dicho que son más de sesenta disposiciones gubernativas —decretos leyes, decretos legislativos, decretos supremos— que son modificadas o dejadas sin efecto con el proyecto de ley que vamos a debatir. Pocas veces ha habido en el debate del Congreso un documento tan complejo. Seguramente hay muchos intereses gravitando, y esto incide fundamentalmente en la mayoría, porque es la que tiene el timón del Gobierno, del Estado y de la administración pública.

Yo creo que este documento debió ser republicado y sometido a un debate público; y deberíamos haber recibido las opiniones de las partes interesadas. Nada de eso ha sucedido. Además, el Presidente de la Comisión no fue nada serio cuando dijo que este documento estaba firmado por todos los miembros de la Comisión y que no había dictamen en minoría. Esto no es cierto, porque yo observo que no aparecen las firmas de todos los representantes de la oposición; por lo tanto, no hay un dictamen por unanimidad, salvo que el Presidente de la Comisión haya dado por aceptadas la renuncias que ellos presentaran oportunamente, llamándome en este instante la atención, que él no les haya dado el trámite entonces correspondiente, salvo en su fuero interno”.

El señor VIDARTE CORREA (FIM): “...tengo un documento aquí, relacionado al actual Ministro de Economía y Finanzas quien, según se dijo en la mañana de hoy, transfirió su empresa a sus hijos; pero ahora yo me pregunto ¿cuánto costó esa transferencia? Aquí está el documento. La citada empresa incluso ha participado en un contrato del Proyecto Chiriquí; entonces, señor Presidente, la ley aquí en el país no se cumple. Ojalá que se destierre la inmoralidad, tal como se ha dicho hace algunos minutos aquí, en el Parlamento Nacional.

De otro lado, todo dictamen que provenga de la Comisión de Fiscalización debe ser revisado dos o tres veces, porque en esa Comisión casi no hay debates, no hay confrontación de ideas, debido a que no existe, señor Presidente, un balance de poderes, por la renuncia de algunos miembros de dicha Comisión. Por ello, estaría de acuerdo en que este proyecto regrese a la Comisión y se quede allí hasta la próxima legislatura, dada la importancia y transparencia que debe existir en un proyecto de tanta trascendencia como es el de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Seguramente se elegirán a otros congresistas como oficializadores para el Parlamento nacional, lo cual sería saludable para la democracia”.

⁵⁹⁸ Intervención en la Sesión Vespertina del 02 de julio de 1997.

“dentro de los objetivos de la reforma del Estado”, la que buscaba “una mayor eficiencia en todos sus aspectos y propugna el mejor uso de los recursos estatales mediante la contratación de bienes, servicios y obras de óptima calidad en el momento oportuno y a costos adecuados”, por cuanto a dicha fecha las contrataciones y adquisiciones estatales venían “siendo regidos por una antigua y dispersa normatividad que no pocas veces ha sido la causa de que las entidades, los funcionarios y los contratistas cometan errores u omisiones, e incluso de que en algunos casos se generen corruptelas. (...) normas de diferentes rangos, no coherentes entre sí, vienen normando los procesos de contratación de licitaciones del sector estatal. Igual ha pasado con los reglamentos que rigen las adquisiciones y las contrataciones de consultoría. (...)”. Asimismo indicaba que para la elaboración del proyecto de Ley se habían recogido las opiniones “del Poder Judicial, de la Presidencia del Consejo de Ministros, del CONSULCOP, del Consejo Nacional Superior de Consultoría (CONASUCO), del Ministerio de Economía y Finanzas, de la Contraloría General de la República y de la Superintendencia de Banca y Seguros; y por el lado del sector privado, han colaborado con sus opiniones, sugerencias y observaciones, la Asociación Peruana de Consultoría, la Sociedad Nacional de Industrias, la Cámara Peruana de Construcción y la Cámara de Comercio de Lima. (...)”. Otros aspectos relevantes de la propuesta sustentada por el Congresista Lam, era la preocupación porque los contratistas cumplan con sus obligaciones ante el Seguro Social, la prohibición de prácticas restrictivas, establecimiento de requisitos para el proceso, la publicidad, los plazos razonables, necesidad de contar con Bases aprobadas, etc.

En esta línea argumentativa intervinieron otros congresistas de la misma organización política del Congresista Lam, como el Congresista Vega Ascencio quien manifestaba que la norma “va a satisfacer esta inquietud y se va a cumplir con uno de los principios que el señor Presidente, ingeniero Alberto Fujimori, ha planteado desde un comienzo: “Trabajar con honradez, trabajar con honestidad y hacer una lucha frontal a la corrupción”. La iniciativa (...) planteada por Cambio 90-Nueva Mayoría, busca establecer reglas de contratación que brinden la

confianza necesaria a quienes participan en los procesos de contratación y adquisición, para que se actúe con la convicción de que lo que se adquiera o se contrate se encuentre precedido de las acciones que permitan la adopción de una toma de decisión responsable, transparente, idónea, eficaz y eficiente. Decisión que debe dejar sentada la conveniencia de la selección aprobada”; o como la intervención del Congresista Campos Baca quien sostenía que el proyecto trataba de implementar la transparencia en las licitaciones mediante la publicidad de los procesos de selección, así como superar otros componentes “como es, por ejemplo, el hecho que solamente el costo o el precio definían la selección de una obra. Incorpora otros conceptos, como el de calidad, de procesos tecnológicos y de garantía en la selección de una obra, lo cual va a permitir ir mejorando todo el proceso. Nosotros quisiéramos quizás una ley ideal, óptima; pero esta ley es un salto importante en el proceso. Creo que los que estamos metidos en este trabajo permanentemente, entendemos qué significa esta ley. Cuando no se politiza el tema y se lee artículo por artículo, y se compara los procesos que se están realizando en cada una de las instituciones, uno fácilmente percibe que a través de una ley como la que propone el proyecto que estamos discutiendo se van a solucionar problemas como las demandas, por ejemplo, de la Cámara Peruana de la Construcción, que exigía mayor transparencia, mayor difusión, mayor publicidad de los procesos, y la fiscalización de cada una de las etapas para la construcción de una obra”; o la del Congresista Medelius, quien en su intervención manifestaba, en este extremo, que el Proyecto era importante “por cuanto, hasta la fecha, el Estado peruano ha mantenido una trilogía de disposiciones legales con relación a las adquisiciones. Tenía distintas entidades vinculadas tanto al RULCOP, que es el Reglamento de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, así como al Reglamento Único de Adquisiciones y, posteriormente, al Reglamento de Consultorías.

En estos tres casos, igualmente existían tres entidades que verificaban todo lo referido a esos temas. Pensamos que, en este sentido, hemos dado un paso importante dentro de lo que es la reforma del Estado y su modernización”.

La síntesis de los intereses y expectativas expuestos por el Congresista Lam y los que apoyaron el sustento de su propuesta, sería la siguiente: El interés era el de avanzar en el proceso de reforma del Estado para lo que se habían incorporado las opiniones y, lógicamente intereses, de distintos órganos estatales y del sector privado, por lo tanto, era una propuesta consensuada y si tenía tal condición, se suponía que tendría permanencia; la expectativa generada consistía en lograr mejorar la calidad del gasto, superar la normativa dispersa, que los contratistas cumplieran sus obligaciones sociales, establecer un procedimiento de contratación pública eficiente y único, eliminar las prácticas restrictivas de la libre competencia en una economía de mercado, la transparencia y eliminación de corruptelas, etc. Esta fue la pretensión de validez del discurso.

La Réplica

Luego de concluida la exposición del Congresista Lam, intervinieron en el Debate congresistas de la oposición y del oficialismo, quienes plantearon, desde distintas ópticas, sus apreciaciones respecto al proyecto de Ley que se discutía y que acababa de ser sustentado. Por el lado de la oposición se esgrimieron argumentos como los siguientes:

En relación con la moralidad y transparencia en la Sesión Vespertina del 02 de julio el Congresista Cáceres Velásquez del Grupo Parlamentario Plural, manifestaba que no entendía “cómo hasta ahora rige en el país el Decreto Ley N° 25565, dictado por este mismo Gobierno para auspiciar contratos con financiación extranjera en los que no se aplica legislación peruana, sino la legislación de otros países, situación que ahora seguramente vamos a dejar atrás, según lo manifestado por el Presidente de la Comisión informante (...) he revisado con detenimiento la numerosa cantidad de disposiciones que se dejarían sin efecto y derogarían con el presente proyecto ley, y no he encontrado ahí la Ley N° 25565, lo que me hace suponer que se está dejando eso para que después alguien pueda decir que continúa en vigencia dicha norma, y eso sería inaudito. En todo caso, vale la pena que ahora el señor Juan Carlos Lam diga tajantemente si va a seguir rigiendo esta ley con la que se ha cometido tantos abusos en el Perú”.

Posteriormente, en la misma Sesión, el Congresista Alva Orlandini de CODE-AP manifestaba que de la revisión efectuada encontraba una serie de artículos “que precisamente están encaminados a que no haya claridad, transparencia y moralidad en el manejo de los asuntos del Estado (...) el artículo 9º inciso a), se establece que están impedidos de ser postores "Los funcionarios públicos y los miembros del directorio de las empresas del Estado del sector al cual pertenece la entidad convocante". Esto significa que, si la entidad convocante es, por ejemplo, el Ministerio de Energía y Minas, un funcionario del sector Agricultura no tendría ningún impedimento para intervenir en los concursos y las licitaciones que se efectúen.

Por lo tanto, no se está moralizando, sino que se está buscando formulas a través de las cuales se burle la prohibición que deben tener los funcionarios públicos en los diversos niveles —especialmente los más altos— de intervenir en este tipo de operaciones que hace el Estado.

Se agrega en el inciso d) que están impedidos de ser postores las personas jurídicas en las que las personas naturales referidas en los literales a), b) y c) tengan una participación superior al cinco por ciento del capital social dentro de los **veinticuatro meses** anteriores a la convocatoria. Parecería que esto es excelente; sin embargo, está chocando con el artículo 1366º del Código Civil, y más específicamente con la Ley Nº 23835, a la cual se está derogando”.

En otro aspecto de su intervención, el Congresista Alva Orlandini indicaba, estableciendo la colisión entre el inciso d) del Artículo 9º del proyecto de Ley y lo establecido en el Artículo 2º del Decreto Ley Nº 23835, que se pretendía derogar, respecto del período de prohibición de contratación 24 o 36 meses, que de acuerdo a lo dispuesto en el inciso d) “están impedidos de ser postores "Las personas jurídicas en las que las personas naturales a que se refieren los literales a), b) y c), tengan una participación superior al cinco por ciento del capital social, dentro los **veinticuatro meses** anteriores a la convocatoria", lo que no era concordante con el Artículo 2º de la Ley Nº 23835, el que indicaba que "En la contratación con fondos públicos de obras o suministros así como en la adquisición o enajenación de bienes, que se efectúe por licitación o concurso

público o en cualquier otra forma prevista legalmente para los casos de emergencia, no pueden intervenir, como postores, los funcionarios referidos en el Artículo anterior, ni las personas jurídicas en las que ellos sean accionistas, siempre que su participación sea mayor del diez por ciento del capital social". ¿Quiénes son estos funcionarios? Los directores superiores, los directores generales de los ministerios, y los que ocupan cargos equivalentes en empresas públicas o de economía mixta, los cuales no pueden ejercer ninguna actividad lucrativa ni intervenir, directa o indirectamente, en la dirección o gestión de empresas privadas que tengan relación con el Estado.

¿Y por qué tiempo es la prohibición? No por veinticuatro meses, como propugna el proyecto que está en debate, sino por tres años. De manera que se pretende ahora moralizar reduciendo el tiempo. ¿Qué dice el artículo 4º? "La prohibición de que tratan los dos artículos precedentes, subsiste hasta pasado los tres años de hechas las transferencias de acciones a terceros" (...) bien, de suprimirse esta norma y al entrar en vigencia el presente proyecto de ley resultaría que los señores ministros de Estado que han hecho transferencia de las acciones en empresas en las cuales incluso laboraban podrían verse beneficiados.

Me refiero concretamente a J.J. Camet Contratistas Generales Sociedad Anónima, la cual —entre 1992 y 1995— ha contratado con el Estado para ejecutar obras públicas en infinidad de oportunidades, no obstante la prohibición establecida en la Ley Nº 23835. Esto es incorrecto aunque el Ministro de Economía y Finanzas, señor Jorge Camet Dickmann, haya renunciado al cargo de director gerente de esa empresa —de la cual era principal accionista— antes de asumir la citada cartera ministerial en 1992. Ahora se trata de cohonestar esta situación mediante la iniciativa que estamos debatiendo (...) la empresa de la cual él fue director gerente y su familia es accionista, continúa celebrando contratos con el Estado. Me parece que ésta no es una situación de moralización en el ejercicio de la función pública... otro caso... el de la empresa constructora del ex ministro de Educación, el señor Víttor. El señor Raúl Víttor Alfaro construyó un tramo de la Carretera Central usando material de inferior calidad a la establecida en las bases de la licitación; y, en vez de hacerse la denuncia penal respectiva por fraude en

agravio del Estado, lo que se ha hecho es plantear una demanda civil por incumplimiento de contrato, para que de esa manera no proceda ninguna acción penal. Ésta es una denuncia que por primera vez se formula en el seno del Congreso, y la hago yo porque realmente no se puede maquiavélicamente pasar un asunto penal a la vía civil a fin de que el ministro Vítor salga de la esfera en la cual debió ser colocado: frente al Poder Judicial.

¿Y qué ha hecho el ex ministro de Educación? Ha inaugurado planteles educativos contruidos por su propia empresa, lo cual es un absurdo. Esos planteles educativos ni siquiera están siendo usados por los escolares, pues se han caído sin que haya mediado un temblor como el de Nasca, se han caído simplemente porque estaban mal contruidos y como consecuencia de las lluvias. (...) Yo soy opuesto a que se derogue la Ley N° 23835, como propugna el proyecto. (...)”.

La Dúplica

En la Sesión Matinal del 3 de julio, el Congresista Ferrero Costa, de Cambio 90-Nueva Mayoría, expresaba, respecto de la preocupación del Congresista Alva Orlandini, que “nuestra principal dificultad se encuentra en alejar de las contrataciones con el Estado a los principales funcionarios del Estado, o sea a las altas autoridades del país. No debemos preocuparnos tanto, aunque también debemos hacerlo, pero yo digo que no es la principal preocupación que el funcionario de la Dirección de Comercialización o quizás el miembro de la Comisión que escoge las propuestas pueda o no ser postor —aunque debe ser así—, lo importante es que los ministros y los congresistas, antes que nadie, estén impedidos de intervenir en cualquier contratación que tenga que ver con el Estado... creo que si queremos no solamente ser estrictos con la ley, sino también dar un mensaje de contenido político, hay que comenzar diciendo que ministros y congresistas no pueden tener ningún tipo de contratación con el Estado; ni ellos, ni sus parientes, ni sus empresas”.

En relación a la precisión que había efectuado el Congresista Ferrero, el Congresista Reto Neyra de UPP indicaba que “(...) ¿Y por qué también no se

exige lo mismo en el caso del Ministro de Economía y Finanzas, quien tiene intereses creados en las acciones de carácter ilegal que viene realizando?”.

Ante esta intervención, el Congresista Ferrero manifestó que “en el caso del ministro al que usted se ha referido, la ley hoy no prohíbe que tenga familiares que realicen ese tipo de contratación. Otra cosa es lo que quisiéramos que sea a partir de ahora, y lo que queremos que sea es algo diferente, pero no estamos pensando en una, dos o tres personas, estamos pensando en el Perú, porque lo que deseamos es hacer realidad el propósito de introducir un concepto efectivo de moralización.

Yo podría dar, y lo voy a hacer (...) ejemplos de actos de moralización impulsados por nuestro Gobierno, y considero que cuando eso se pueda demostrar van a ver ustedes que la impresión que tiene la minoría no corresponde con la realidad. La minoría está juzgando el proceso de moralización sólo si el Congreso hace comisiones investigadoras, y si el Congreso no las hace, para ustedes no hay moralización y no hay fiscalización. En su momento, vamos a demostrar que ese concepto de concentrar la fiscalización y la moralización sólo en las comisiones investigadoras del Congreso, es un error”.

Seguidamente, intervino el Congresista Alva Orlandini, y refiriéndose a lo manifestado por el Congresista Ferrero indicaba que “El proyecto que estamos debatiendo es posible que tenga ese propósito, pero lo disimula, está derogando la Ley N° 23835, que fue promulgada el 18 de mayo de 1984 y que prohíbe a los altos funcionarios, incluyendo congresistas y ministros, que puedan intervenir en licitaciones y en concursos públicos de precios. Esa disposición incluso establece que los ministros y los congresistas que sean accionistas de empresas que pretendan contratar con el Estado, no pueden actuar en ese tipo de contratos si es que no ha transcurrido por lo menos tres años desde que hicieron la transferencia de sus acciones a terceras personas. En cambio, el proyecto en debate está reduciendo ese plazo de tres años, que son treinta y seis meses, a veinticuatro meses, y está permitiendo que se puedan hacer adquisiciones o licitaciones, o concursos públicos de precios en sectores distintos al cual interviene el alto funcionario público.

De manera que existe ya una norma que es la Ley N° 23835 que prohíbe y, no obstante esta prohibición, existen casos concretos como los que ayer cité, respecto a ministros de Estado que sí han contratado con el Estado, violando esta ley a través de sus empresas, y en el caso de J & J Camet Contratistas Generales, tengo en mi poder fotocopia de sus asientos de inscripción en los Registros Públicos, en los cuales consta que después que el ministro Camet renunciara a ser Director Gerente, su empresa hizo diversos contratos con el Estado para la construcción de planteles educativos, cárceles y para las obras de irrigación del Proyecto Chincas, en consorcio con otra empresa”; a lo que el Congresista Ferrero replicó “... las obras ejecutadas fueron hechas en sectores distintos al suyo, por una empresa cuyas acciones él había transferido a sus hijos; ... En todo caso, es conveniente destacar que cuando nosotros permanecemos indiferentes frente a un vacío de la ley, ustedes nos dicen “¿por qué se callan?”, y cuando como hoy, queremos llenar un vacío de la ley para hacerla mejor, también les parece mal, pues nos enrostran haber hecho algo que no pueden probar.

Pero, para contestar la segunda parte de lo dicho por el doctor Alva, sobre el haberse reducido el plazo de treinta y seis meses o tres años a dos años, debo decir que eso no es para hacer un escándalo. Sí lo es —lástima que usted no haya escuchado—, el motivo por el cual propusimos que los ministros y congresistas no puedan contratar en ningún sector del Estado, cosa distinta a lo que actualmente rige, en el cual, sí pueden contratar en sectores distintos los que no participan en el proyecto mismo, los que no deciden sobre la convocatoria y los que no son parte de ese sector. La prohibición, a partir de ahora, se establecería para todos los sectores del Estado y para los altos funcionarios que señala la Constitución: el Superintendente, Ministro, Presidente del Banco de Reserva, altos magistrados, parlamentarios”⁵⁹⁹.

⁵⁹⁹ Este tema también fue objeto de preocupación por parte de los congresistas Anel Townsend, Antero Flores Araoz y Cardoso Romero.

Anel Townsend (UPP): “Hay un tema que no se refiere estrictamente a esta ley, pero aprovecho para plantearlo ya que el congresista Ferrero ha hablado de los congresistas y de los ministros. Estoy totalmente de acuerdo con el hecho que se especifiquen estas prohibiciones. En el artículo 92° —esto ya es un tema de la Constitución de 1993, pero tengo una inquietud desde hace mucho tiempo— se dice “que la función de congresista es incompatible con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado o accionista mayoritario o miembro del Directorio de eampresas que tienen con el Estado contratos de obras”.

Me pregunto ¿si no sería mejor que la prohibición alcanzara al término “accionista minoritario”? Es decir, no sé si esto les va a parecer demasiado restrictivo, pero creo que estando en una función pública y política debemos asegurarnos que estemos para servir desde el poder, y no para ninguna posible suspicacia, sospecha, tentación o como se le quiera llamar, respecto a los

En este mismo tema el Congresista Medeluis manifestaba que la incorporación planteada por el Congresista Ferrero era importante por cuanto al “ aclarar el artículo 9º del texto del dictamen y señalar que los funcionarios a los cuales se hace referencia en el artículo 39º de la Constitución deben de estar impedidos de ser postores.

Igualmente establecer, con relación al carácter multisectorial o sectorial de la adquisición o contratación que se vaya a realizar, los impedimentos para ser postores, tanto por parte de la cónyuge, conviviente y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (...) Sobre el tema en mención, y con relación al artículo 9º, señor Presidente, es importante dejar constancia de la Ley N° 23835. Esta ley, de fecha 14 de mayo del 1984, promulgada por el señor Ricardo Monteagudo Monteagudo, siendo ministro de Justicia el doctor Arias Schreiber, establecía una serie de limitaciones y, en primer término, una limitación de orden general, a fin de que aquellos funcionarios públicos, con la jerarquía de directores superiores o generales que tengan una actividad de dirección o gestión en una empresa, no puedan participar en actos de adquisición. Pero esa misma norma, también establecía que los parientes de funcionarios, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad, tampoco podían tener participación en aquellas licitaciones o concursos en los que los funcionarios señalados en el artículo 2º tengan participación en el otorgamiento de la buena pro.

Pienso, señor Presidente, que la propuesta del dictamen, en cuanto a ampliar esta disposición no solamente a lo que atañe a las personas que intervienen en el

negocios que no deben ser objeto de esta función. Es decir, ¿no sería mejor que el congresista esté prohibido de ser accionista, en todos sus extremos, de una empresa que haga contratos con el Estado? Es una sugerencia, una pregunta que hago, quizás el congresista Ferrero tenga una respuesta a esto. Pero es una preocupación que traslado a futuro”.

Antero Flores Araoz (PPC): “Adicionalmente a esto, señor Presidente, no entiendo por qué se reduce de treinta y seis a veinticuatro meses el plazo para que las sociedades en que hayan intervenido funcionarios públicos, y pese a haber renunciado, no puedan intervenir en licitaciones. ¿Por qué si había una norma muchísimo más severa, hoy día se hace menos severa, se hace más benigna? No lo entiendo, si lo que se trata es de fiscalizar y moralizar”.

Cardoso Romero (I): “Quiero compartir, señor Presidente, también, lo referente a la necesidad —ojalá que el Presidente de la Comisión de Fiscalización acate mi pedido— de incluir en el artículo 9º lo ya expuesto con relación al impedimento que tendrían los ministros, los congresistas, y también la ampliación para los funcionarios del Estado, agregándose que el impedimento de contratar con el Estado atañe a todos los sectores.

Existe preocupación, señor Presidente, sobre lo que ya se ha dicho: Este proyecto de ley deroga la Ley N° 23835, cuando lo que se pretende es dar mayores condiciones de transparencia y seguridad en el manejo de los recursos del Estado. Es conveniente que la Presidencia de la Comisión de Fiscalización tome en cuenta lo referente a la disminución que se ha hecho del diez por ciento al cinco por ciento, con respecto al porcentaje mínimo de acciones en una empresa que contrate con el Estado, así como con relación al tiempo que se está reduciendo de treinta y seis a veinticuatro meses como mínimo, desde la fecha de la transferencia de las acciones”.

concurso, sino a todas aquellas personas que tienen vínculos con los funcionarios o con directores de las empresas, debe ser considerada. Por ello, creo que la sugerencia presentada por el doctor Ferrero es conveniente.

De la misma forma, señor Presidente, se ha hecho referencia al artículo 1366º del Código Civil. El artículo 1366º del Código Civil, aun cuando se encuentra dentro del título referido a las Fuente de Obligaciones, trata básicamente de la adquisición de derechos reales, y eso es a lo que se refiere el artículo en su parte pertinente, cuando señala que no pueden adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta pública directa o indirectamente. Pensamos que dentro de la categoría de derechos reales no podemos considerar a las adquisiciones o a las contrataciones a las que el proyecto de ley que estamos tratando se refiere.

Por ello, pienso que esta ley es un aporte importante para la moralización del país. Se guardan las columnas principales de la Ley N° 23835, que también sentó importantes bases para la lucha contra la corrupción, por lo que estamos seguros que no solamente contribuirá en luchar también contra la corrupción, sino igualmente contribuirá para sentar los principios fundamentales de la modernización del Estado y, de esta forma, el Congreso cumplirá con uno de sus roles”.

A lo que el Congresista Alva Orlandini replicó que si bien se estaba planteando que se planteando que se incorpore al texto del proyecto la normatividad contenida en la Ley N° 23835, “queda pendiente el plazo de veinticuatro meses que debe ser reemplazado, en mi concepto, por treinta y seis meses”.

iii. El rol de la Contraloría General de la República

Otro tema relevante en el Debate Parlamentario fue el del rol que le correspondía desempeñar a la Contraloría General de la República en el proceso de contrataciones y adquisiciones estatales.

Al respecto, el Congresista Figueroa Vizcarra de C90-NM manifestaba, vinculando el tema del Control a los intereses de los constructores de obras públicas, se planteaba la interrogante de “¿Cuál era la razón por la cual muchos constructores o muchas instituciones se quejaban de la participación de la Contraloría General de la República?”, la respuesta consideraba que era “el tiempo que tomaba la

Contraloría para decidir finalmente si es que la evaluación que había hecho era correcta, es decir, si era factible autorizar”, considerando que la demoraba se subsanaba estableciendo “un tiempo límite dentro del cual la Contraloría debe entregar un informe sobre la evaluación que ha hecho con relación a ese excedente de obra. Si en caso la empresa, en ese tiempo límite, no recibe respuesta, automáticamente debe asumir que la Contraloría no ha encontrado ninguna razón por la cual objetar, por lo tanto, procede el pago”; posteriormente la Congresista Townsend Diez Canseco de UPP indica, refiriéndose a la composición del Comité Especial encargado de ejecutar el proceso de selección que “uno de los miembros (...) podría ser un representante de la Contraloría General de la República, como una idea de iniciar una participación de fiscalización.

Si no fuera la Contraloría General de la República podría ser un miembro del órgano de control interno de la entidad correspondiente; es decir, que en estos comités especiales, si no es la Contraloría, podría ser un miembro del órgano de control interno que tiene cada entidad pública”.

iv. La transparencia de las adjudicaciones directas y las exoneraciones

En su exposición la Congresista Townsend argumento su preocupación respecto de la reserva con que se desarrollaban algunas adjudicaciones directas, indicando que “creo que es importante y necesario que la adquisición de bienes o la prestación de servicios —vía adjudicación directa— se haga con la debida publicidad. Es decir, que se conozca antes, durante y después del proceso, los detalles de la adjudicación directa y las razones para el caso. Ya hay un artículo, me parece que en la ley que habla de estados o situaciones de emergencia, pero creo que, en general, cualquier adjudicación directa debe ser publicitada antes, durante y después de realizada. Esto garantiza una permanente fiscalización e información respecto a la actuación en estas adquisiciones”.

Por su parte el Congresista Flores Araoz manifestaba respecto de las exoneraciones lo siguiente: “¿Qué es lo que ha venido sucediendo con el tema de las licitaciones y los concursos públicos de precios? Donde mayor corrupción ha existido y existe, es en el tema de la exoneración del requisito de licitación o

concurso de una serie de obras y de adquisiciones; y esto es lamentable señor Presidente, porque se supone que estas exoneraciones sólo se dan en circunstancias no previstas”.

v. Cuestionamiento a la vigencia del Decreto Ley N° 25565. Evaluación Internacional de Procesos y a las compras de insumos por parte de las empresas del Estado a través de la adjudicación directa

Este fue otro de los temas discutidos por los congresistas en aquellas apuradas sesiones. Sobre el particular, además de los argumentos ya expuestos cuando se discutía el sustento político de la propuesta, hubieron otros abordaron el tema en forma específica, como el Congresista Zumaeta (PAP) quien manifestaba que “las disposiciones transitorias y disposiciones finales de esta norma, por ejemplo, la tercera que trata sobre la adquisición y contratación realizada dentro del marco de los convenios internacionales, y que también tiene relación con la tercera disposición final, referente a las normas que quedan derogadas. La pregunta es, ¿por qué no se incluye en esta tercera disposición final el Decreto Ley N° 25565, del 21 de junio de 1992, cuando no había Parlamento Nacional y toda la regulación jurídica del país era sobre la base de decretos leyes, creándose el sistema de licitaciones y concurso denominado "Evaluación Internacional de los Procesos", cuyo artículo más importante es el artículo 5º, que exonera o no aplica a todos los concursante el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, Ley N° 23554 y demás dispositivos legales?”. Cuestionamiento también planteado por el Congresista Flores Araoz quien manifestaba que el proyecto se olvidaba del Decreto Ley N° 25565, “las famosas adquisiciones y obras con financiamiento internacional. Estas normas de excepción son las que han servido para dar el pretexto para salirse del marco general, y sobre ellas hay mucho que investigar. Espero que se haga después del 28 de julio del 2000, porque acá,

lamentablemente, como lo he repetido varias veces, hasta una tortuga coja se les escapa”.

Por su parte el Congresista Zumaeta (PAP), cuestionó las compras de insumos que podrían efectuarse las empresas públicas entre sí, indicando que la segunda disposición transitoria de Proyecto establecía que las empresas “que se dediquen a la producción de bienes podrán adquirir los insumos directos que se utilicen en los procesos productivos que se efectúen conforme al giro de su negocio; a través del procedimiento de la adjudicación directa” disposición respecto de la cual consideraba que “Los insumos que consumen las empresas públicas, especialmente las más grandes, no representan montos pequeños. ¿Dentro de qué rango se puede aplicar esta ley? Yo, como empresa pública, puedo necesitar insumos por veinte millones de dólares, y eso significa que no va a haber licitación pública, no va a haber ningún tipo de concurso público; considero que esto también debe ser parte de la norma del texto ordinario de la ley, señor Presidente, e indudablemente si es que colocamos a la COPRI y a todos los organismos de promoción de inversiones en esta ley, eso significa que, en principio, para este tipo de organizaciones transitorias, por lo menos hasta el 2000, no se va a poder aplicar, y creo que cuando hablamos del proceso de privatización, estamos hablando del veinticinco por ciento del Producto Bruto Interno del país, que está en juego. El veinticinco por ciento del Producto Bruto Interno es lo que producen todas las empresas públicas, y si vamos a vender todo y esta ley no va a ser aplicable, no tendría ninguna seriedad”.

vi. Los intereses de la Cámara de Comercio

Además de los intereses de los ejecutores de obras, en el debate se expusieron también los de la Cámara de Comercio, institución que había remitido a los congresistas sus sugerencias entrone al proyecto de Ley en mención. En este contexto la Congresista Townsend se refería a los postores no domiciliados en el país en los términos siguientes: “Se dice que la participación en los procesos selectivos de las personas no domiciliadas, debería realizarse por intermedio de empresas domiciliadas debidamente constituidas y acreditadas, en las mismas

condiciones que los postores nacionales y sin ningún tratamiento especial que implique beneficios adicionales en detrimento de la competencia nacional.

Creo que en lo que se refiere a postores, podríamos tomar atención de esta sugerencia, proveniente de tan importante sector, como es la Cámara de Comercio, equilibrando un poco lo que nos interesa de parte del Estado como ente fiscalizador y de parte de una organización que evidentemente no va a tener una relación permanente con estas contrataciones”: por su parte el Congresista Flores Araoz manifestaba, acusando recibo de la Carta de la Cámara Peruana de la Construcción, que en este “se señala que por los retrasos en el pago de valorizaciones, se sancionará a dicha institución con el pago del interés legal; pero cuando hay mora, cuando les demoran en el pago, ellos tienen que buscar financiación y ésta es con la tasa Tamex más comisiones, o con la tasa Tamn, tasa en moneda nacional para operaciones activadas, la promedio; en consecuencia, si esas tasas son mayores, se están perjudicando con una tasa menor. Creo que son temas que deberían revisarse, señor Presidente”.

vii.El incremento de los montos para Licitación Pública y Concurso Público

Este más que interés, puso sobre en la discusión un aspecto que no había sido abordado por otros congresista, el del incremento de los montos para determinar cuándo corresponde una Licitación Pública o Concurso Público, aspecto relevante toda vez que a partir de ahí se afectaban los montos que correspondían a todos los demás tipos de procesos. Al respecto el Congresista Lajo lazo (Plural), manifestaba que para “el caso de los concursos públicos, se incrementó en similar proporción, igual que para adjudicación directa, se pasó de sesenta mil nuevos soles, que era el tope en el presupuesto de 1995, a doscientos veinte mil en el presupuesto de 1996. Yo creo que éste es un punto fundamental que debemos corregir ahora.

Propongo que la ley que estamos discutiendo ahora, establezca los topes y que no le dé a la Ley de Presupuesto la posibilidad de establecer topes que han sido exagerados. ¿Cómo se explica que para llamar a licitación pública, concurso

público o adjudicación se haya aumentado en doscientos cincuenta por ciento el tope, de un año a otro? Eso es promover realmente un proceso de corrupción. Es decir, si yo soy titular de un Pliego, antes solamente podía actuar discrecionalmente en contratos que eran de doscientos mil nuevos soles, pero ahora puedo actuar en contratos que son menores a setecientos mil nuevos soles. Eso nos parece equivocado y por eso propongo que esta ley establezca los topes. Éste es un punto central y fundamental para evitar que la corrupción se extienda en todos los sectores del aparato público”.

Con estos argumentos, y otros más que para los fines del presente Ensayo no son relevantes, concluyó la 26ª C Sesión Vespertina del Congreso de la República aprobando el Proyecto de Ley presentado por 48 votos a favor, 1 en contra y 14 abstenciones.

IV.2.2. ¿Qué se discutió y qué se aprobó?

Antes de analizar desde la perspectiva exegética, haremos una revisión de los temas que fueron objeto de discusión y de lo que finalmente se aprobó y posteriormente promulgó. Con respecto al cuestionamiento de los 6 meses y 24 meses de prohibición para que los funcionarios públicos de mayor jerarquía contraten con el Estado, no se recogió crítica alguna, el Artículo 9º de la Ley que se aprobó no incorporó los 36 meses que la oposición exigía y en cambio se derogó la Ley N° 23835, con lo que se legalizaba la actuación irregular del Ministro de Economía que había sido cuestionado por los congresistas.

No se derogó el Decreto Ley N° 25565, que también había sido cuestionado por los congresistas de oposición. Tampoco se recogieron las propuestas de la Cámara de Comercio, y se guardó silencio sobre la observación respecto al incremento de los montos presupuestales para Licitación Pública y Concurso Público.

En conclusión, una Ley que todos calificaban de importante no incorporó los cuestionamientos de la oposición política de aquel entonces. No fue hegemónica en base al consenso, sino apoyándose en la fuerza numérica. Pero entonces siempre quedará la duda respecto del rol que tuvo la oposición política ¿por qué se legitimó un actuar reiteradamente arbitrario?, más aún en este caso donde ellos

mismos ponían en evidencia los intereses particulares que se encontraban inmersos en el proyecto.

IV.2.3. La Escuela de la Exégesis y la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Concluido el análisis del debate a partir de los criterios de la Escuela Histórica, corresponde abordar ya no la discusión sino la norma que se aprobó y que posteriormente se promulgó, a efectos de determinar la correspondencia entre Paradigma y discurso jurídico-ideológico, aplicando para ello los criterios de la Escuela de la Exégesis⁶⁰⁰. Teniendo como referente el escenario jurídico construido por el Código Civil de Napoleón, la actividad del jurista se enmarca en las disposiciones contenidas en dicho cuerpo normativo. El Derecho Positivo lo es todo y se reduce a la Ley, por lo que cualquier interpretación sólo debe buscar la intención del legislador a partir de la norma. Así, la glosa y el comentario de la norma devienen en signos distintivos de la Ciencia Jurídica.

El procedimiento establecido era el deductivo, “sin más puntos de apoyo que el raciocinio y la habilidad dialéctica”⁶⁰¹. La propuesta metodológica consistía en la búsqueda del pensamiento del legislador a través de la aclaración de los textos, más que su interpretación. Si la Ley es la única fuente del Derecho, en consecuencia la interpretación del Derecho se reduce a la interpretación de la Ley.

i. La norma aprobada

La Ley que se promulgó el 9 de julio de 1997, 6 días después de su aprobación en el Congreso, tuvo el N° 26850 y se denominó Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la misma que debía ser complementada por el Reglamento, por lo que era de tipo remisiva en la mayor parte de sus articulados. Siguiendo la metodología expuesta nos corresponde interrogarnos sobre los términos en que se exteriorizaron las expectativas desde la perspectiva racional constructivista, es decir la visión organizada de la sociedad en base a la norma,

⁶⁰⁰ La Escuela de la Exégesis se encuentra vinculada en sus orígenes al Código Civil de Napoleón, obra jurídica que congregaba a los juristas franceses de la época. En cuanto a su evolución, se pueden precisar tres periodos: El primero, que corresponde al de su fundación y que va desde 1804 hasta 1830, siendo sus principales representantes Delincourt, Proudhon y Merlin; el segundo, que corresponde al de su apogeo, abarca desde 1830 hasta 1880 y tiene como representantes a Demolombe, Troplong, Duranton, Laurent, Macardé, Zacharié, Aubry, Rau; y, el tercero, que corresponde al de la decadencia comprende desde 1880 hasta los tiempos actuales, siendo sus representantes más destacados Baudry, Lacantiniere, Gouilloard. Ver: Carvallo, Adolfo. *Métodos de Interpretación en la Ciencia del Derecho*. Cit. Capítulo I.

⁶⁰¹ Hernández – Gil, A. *Las Direcciones Metodológicas en la Ciencia del Derecho y la Consideración de la Realidad Social*. Cit. Pág. 8.

para lo cual, además de lo ya expuesto en el rubro referido a la Escuela Histórica, abordaremos como objeto de estudio algunos artículos concretos de la citada norma.

“Artículo 1º. — La presente Ley establece las normas que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos.

Dichos procesos comprenden la compra y suministro de bienes, el arrendamiento, la contratación para la ejecución de obras y la contratación de servicios de toda naturaleza y de consultoría”.

Aunque este Artículo, que se refiere a los alcances de la Ley, fue modificado por Ley N° 27330 del 26 de julio de 2007, su redacción inicial nos permite comprenderla como el escenario jurídico en que se discuten los derechos y obligaciones de la administración y administrados, postores y contratistas. La pretensión era la de constituirse en la norma marco de los contratos administrativos en este ámbito de la gestión pública. Criterio que concuerda con lo que se estableció en el Artículo 2º⁶⁰² como ámbito de aplicación, artículo que también modificado por la Ley N° 27330.

Por su parte el Artículo 3º, que fue objeto de posterior modificación por parte de la Ley N° 27330, establecía los Principios que rigen a las contrataciones y adquisiciones del Estado indicando que *“Los procesos de contratación y adquisición regulados por esta Ley y su Reglamento se rigen por los principios de moralidad, libre competencia, imparcialidad, eficiencia, transparencia, economía, vigencia tecnológica y trato justo e igualitario a todos los contratistas; teniendo como finalidad garantizar que las entidades del Sector Público obtengan bienes y*

⁶⁰² *Ámbito de aplicación*

Artículo 2º.— Se encuentran sujetas a la presente norma, todas las entidades del Sector Público, con personería jurídica de derecho público y las entidades comprendidas en el artículo 24º de la Ley 26703, Ley de Gestión Presupuestaria del Estado. Asimismo, se encuentran comprendidas dentro de los alcances de la presente Ley: las empresas del Estado de derecho público o privado, ya sean de propiedad del Gobierno Central, Regional o Local; y las empresas mixtas en las cuales el control de las decisiones de los órganos de gestión esté en manos del Estado y en general los organismos y dependencias del Estado a los que la Ley otorgue capacidad para celebrar contratos. Cuando la presente Ley utilice los términos genéricos de Entidad o Entidad del Sector Público, se entenderá referido a todas aquellas entidades comprendidas en el presente artículo. Igualmente, en adelante, para efectos de esta Ley, se denomina contratistas a los proveedores de bienes y servicios, consultores, arrendadores y ejecutores de obras contratados conforme a las disposiciones de esta Ley.

servicios de la calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados”.

A través de esta disposición se avanza en la positivización de los principios en el Derecho Administrativo, reiterando lo aplicado en otras normas de la misma índole, pero estableciendo criterios de economía de mercado⁶⁰³ y, a la vez, para el proceso de toma de decisiones: calidad requerida y luego precio adecuado. Disposición que la Administración Pública tardó en procesar debido a la opinión en contrario de las Normas Técnicas de Control de la Contraloría General de la República; a pesar de lo dispuesto en el Artículo 4° sobre la especialidad de la norma *“La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que fueran aplicables”.*

Los artículos 5°, 6° y 7° buscaban afectar la organización de las distintas entidades públicas comprendidas dentro del ámbito de la norma⁶⁰⁴. Así el Artículo 5° establecía la *Dependencia responsable de las adquisiciones y contrataciones*, la misma que debía ser señalada por cada Entidad en sus documentos de gestión, mientras que el Artículo 6° establecía la obligación de contar con un Expediente administrativo de la adquisición y el 7° obligaba a organizar las adquisiciones a través de la elaboración de un Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones.

Pero así como se tenía una visión respecto de la Entidad, también hacia lo mismo sobre los postores y contratistas, por ello el Artículo 8° establecía para los

⁶⁰³ En relación a este tema, la norma amplió su visión de mercado en el Artículo 10°.

Prohibición de prácticas restrictivas

Artículo 10°. — Los postores en un proceso de selección están prohibidos de celebrar acuerdos, entre sí o con terceros, con el fin de establecer prácticas restrictivas de la libre competencia, bajo sanción de quedar inhabilitados para contratar con el Estado, sin perjuicio de las demás sanciones que establecen las disposiciones vigentes.

⁶⁰⁴ **Dependencia responsable de las adquisiciones y contrataciones**

Artículo 5°. — Cada Entidad establecerá la dependencia o dependencias responsables de planificar los procesos de adquisición o contratación, señalando en sus manuales de organización y funciones o dispositivo equivalente las actividades que competen a cada cargo, con la finalidad de establecer las responsabilidades que le son inherentes.

Expediente

Artículo 6°. — La Entidad llevará un expediente de todas las actuaciones del proceso de contratación o adquisición desde la decisión para adquirir o contratar hasta su liquidación.

Plan anual de adquisiciones y contrataciones

Artículo 7°. — Cada Entidad elaborará un Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones. Dicho plan debe prever el tipo de bienes y servicios que se requerirá durante el ejercicio presupuestal y el monto del presupuesto requerido. El Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones será aprobado por la máxima autoridad administrativa de la Entidad antes de iniciado el año calendario. Al finalizar el año calendario, la dependencia presentará un informe de la ejecución del plan, en el que se dará cuenta de la ejecución real de lo planeado y de las adquisiciones o contrataciones extraordinarias que se efectuaron. Este informe servirá para la evaluación de la gestión de la dependencia y de los servidores responsables. Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, cada Entidad puede disponer la presentación de informes periódicos acerca del avance de lo programado. En el caso de las Empresas del Sector Público estos documentos deberán presentarse a su Directorio.

contratistas de obras la obligación de estar inscrito en un Registro y creando, a la vez, en dicha disposición, el Registro de Inhabilitados para Contratar con el Estado; disposición a la que se agregaba las prohibiciones establecidas en el Artículo 9⁶⁰⁵, las mismas que fueron objeto de un amplio debate durante su aprobación.

Posteriormente la norma se plantea organizar los procesos de selección, estableciendo sus requisitos y tipos de procesos y los casos en que procedía la exoneración de los procesos de selección, tal como se puede apreciar en los artículos 11° al 34°; así como los contratos, los que son reseñados en los artículos 35° al 46°. Seguidamente, en el contexto del Derecho Sancionador Administrativo, establece los derechos, obligaciones y sanciones de las Entidades y Funcionarios, lo que es glosado en los artículos 47° al 52°; mientras que los aspectos referidos a la solución de controversias e impugnaciones y la creación del órgano encargado de supervisar las contrataciones públicas, se dispone en los artículos 53° al 65°.

En la Tercera Disposición Complementaria se estableció lo que fue materia de cuestionamientos en el Debate parlamentario *“Las adquisiciones y contrataciones realizadas dentro del marco de convenios internacionales, se sujetarán a las*

⁶⁰⁵ **Impedimentos para ser Postor**

Artículo 9°.— Están impedidos de ser:

I. Postores

a) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los representantes al Congreso, los ministros de Estado, los vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionalmente autónomos y el Presidente del Instituto Peruano de Seguridad Social, hasta seis meses después de haber dejado el cargo;

b) Los titulares de instituciones de organismos públicos descentralizados, los alcaldes, los demás funcionarios públicos, los directores y funcionarios de las empresas del Estado; las personas naturales de la Entidad que tengan intervención directa en la definición de necesidades, especificaciones, evaluación de ofertas, selección de alternativas, autorización de adquisiciones o pagos;

c) El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de las personas a que se refiere los literales precedentes;

d) Las personas jurídicas en las que las personas naturales a que se refieren los literales a), b) y c) tengan una participación superior al cinco por ciento del capital social, dentro de los veinticuatro meses anteriores a la convocatoria;

e) Las personas naturales o jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para contratar con entidades del Sector Público, de acuerdo a lo dispuesto por la presente Ley y su Reglamento.

En los casos a que se refieren los incisos b), c) y d) el impedimento para ser postor se restringe al ámbito de la jurisdicción o sector al que pertenecen las personas a que se refieren los literales a) y b). En el caso de los organismos constitucionalmente autónomos, el impedimento se circunscribe a las adquisiciones y contrataciones que realizan dichas entidades.

II. Contratistas

Las personas naturales o jurídicas, que tengan obligaciones pendientes con el Instituto Peruano de Seguridad Social así como con las entidades prestadoras de salud a que se refiere la Ley 26790, con la Oficina de Normalización Previsional o a las entidades del Sistema Privado de Pensiones, con la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, o con la Superintendencia Nacional de Aduanas, por deudas vencidas hasta el mes anterior a la fecha de la suscripción del contrato.

No puede ser contratista aquella persona natural o jurídica que haya participado como tal en la elaboración de los estudios o información técnica previa que da origen al Proceso de Selección y sirve de base para el objeto del contrato, salvo en el caso de los contratos de supervisión.

Las propuestas que contravengan a lo dispuesto en el presente artículo, se tendrán por no presentadas, bajo responsabilidad de los miembros del Comité. Los contratos celebrados en contravención de lo dispuesto por el presente artículo, son nulos, sin perjuicio de las acciones a que hubiere lugar.

disposiciones establecidas en dichos compromisos cuando sean normas uniformes aplicadas a nivel internacional y cumplan con los principios que contempla la presente Ley”; en la Primera Disposición Transitoria se exceptuaba a algunas entidades de la aplicación de la normativa aprobada “La Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI) y la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas (PROMCEPRI) podrán exceptuar de la aplicación total o parcial de esta Ley a las empresas y/o proyectos incluidos en el proceso de promoción de la inversión privada. El mismo tratamiento tendrán la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) y el Registro Predial Urbano (RPU).

Se aplica a los funcionarios de las entidades a que alude el párrafo precedente, las mismas incompatibilidades a que se refiere el artículo 9º de la presente Ley”; mientras que en la Segunda Disposición Transitoria se establecía lo que también había sido objetado en el Debate “Las Empresas del Estado que se dediquen a la producción de bienes podrán adquirir los insumos directos que se utilicen para los procesos productivos que efectúen conforme al giro de su negocio a través del procedimiento de Adjudicación Directa a precios de mercado; las mismas que deben informarse semestralmente, al Ministerio de Economía y Finanzas; así como a la Contraloría General de la República cuando corresponda; bajo responsabilidad del Directorio”.

Finalmente, la Tercera Disposición Final estableció las normas que quedaban derogadas, entre las que estaba la Ley N° 23835, disposición con la que se buscaba simplificar la organización y legislación existente entorno a las contrataciones y adquisiciones del estado, tal como había planteado el Congresista Lam en la exposición sustentatoria del Proyecto : “A partir de la vigencia de la presente Ley deróganse los artículos 167º y 169º de la Ley N° 23350; el artículo 27º de la Ley N° 24422; los artículos 30º y 115º del Decreto Legislativo N° 398; los artículos 30º y 119º de la Ley N° 24767; los artículos 30º y 129º de la Ley N° 24977; los artículos 32º y 176º del Decreto Legislativo N° 556; y cualquier otra norma que ratifique la vigencia y otorgue fuerza de Ley al Decreto Supremo N° 034-80-VC Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras

Públicas, que en consecuencia queda sin efecto, así como sus normas complementarias, modificatorias y ampliatorias; la Ley N° 23835; los Decretos Leyes Núms. 23554, 26150 y el Decreto Supremo N° 208-87-EF, los artículos, 47º, 53º, 54º, 55º, 56º y 57º de la Ley N° 26703 -Ley de Gestión Presupuestaria-, el Decreto Legislativo N° 710 y el Decreto Supremo N° 014-94-MTC. Asimismo se deja sin efecto el Decreto Supremo N° 065-85-PCM, Reglamento Único de Adquisiciones, así como sus normas complementarias y modificatorias, y los Decretos Supremos Núms. 022-84-PCM y 045-89-PCM, y las demás normas que se opongan a la presente Ley”.

Finalmente a todo esta normativa se le agregó la que hemos reseñado en la parte final de la contrastación de la primera hipótesis, situación que produjo al final un espacio excesivamente regulado.

IV.3. Las Expectativas en el Decreto Legislativo N° 1017

El Decreto Legislativo N° 1017 no fue discutido en el Congreso, sino que fue directamente promulgado por el Poder Ejecutivo en el marco de la delegación de facultades para legislar otorgada por el Parlamento en el marco de la adecuación de la normativa nacional al Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

Si quisiéramos encontrar alguna fundamentación paradigmática de esta norma la tendríamos que buscar en los artículos que publicó el Presidente de la República, Dr. Alán García Pérez, en el Diario “El Comercio”, titulados El Perro del Hortelano.

IV.3.1. El Perro del Hortelano

En tres artículos publicados en el Diario “El Comercio” los días 28 de octubre de 2007, 25 de noviembre de 2007 y 02 de marzo de 2008, titulados “El Perro del Hortelano”, el Presidente de la República estableció los parámetros de lo que deberían ser las reformas liberales que aún faltaban implementar en el Perú. En todos ellos el hilo conductor era garantizar política y jurídicamente el fomento a la inversión privada para que ésta se convierta en el motor del desarrollo del país, asumiendo el Estado un rol secundario y subsidiario. En lo que respecta al Estado se proponía la reducción de trabas burocráticas a fin de que estas no devinieran en obstruccionistas de la inversión privada y del desarrollo nacional, el incremento

de la discrecionalidad a los funcionarios públicos flexibilizando los controles a efectos de obtener un gasto público más rápido, eficiente y oportuno.

Con estas reformas se esperaba poder poner al Derecho Público en consonancia con el Paradigma Liberal, por cuanto durante los últimos años, a pesar del Ajuste Estructural implementado por el Gobierno del Ing. Fujimori, en el país la Administración Pública y las normas administrativas habían estado a la saga del nuevo contexto emergido del Consenso de Washington, hoy con los últimos estertores.

Esta propuesta tuvo su materialización jurídica en los decretos legislativos que se promulgaron en junio del 2008, donde el Derecho cumplió una vez más su papel de organizador del poder, y que fueron publicados en Edición Oficial por el Diario Oficial “El Peruano” con el título “Por un Perú Moderno”, y cuya presentación estuvo a cargo del Presidente de la República, quien clasificaba a la normativa promulgada en los rubros siguientes: Normas para transformar el Estado, normas para aumentar el crecimiento y fomentar la inversión, normas para la generación de empleo decente y para la formalización del trabajo, normas para la calidad educativa y competitividad técnica, normas que agilizan la acción pública.

En este contexto el Presidente ubicó al Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, entre el rubro de normas para transformar el Estado. Ubicación interesante porque si antes era considerada una norma de tipo redistributiva, económica, es decir que miraba hacia afuera, hoy, con esta perspectiva es una Ley que mira hacia adentro, a través de ella el Estado se transforma, no es que mediante ella el Estado gasta 40 mil millones de soles al año, monto que al ingresar a la economía permite el desarrollo de muchas actividades privadas. Al referirse a la LCE el Presidente indica que la norma facilitará los contratos y licitaciones, “para lo cual se constituye sobre el viejo CONSUCODE un nuevo Organismo Supervisor de Contrataciones permitiendo a los Gobiernos Regionales y Municipales un mayor nivel y cuantía en las decisiones definitivas”⁶⁰⁶.

⁶⁰⁶ García Pérez, Alán. *Por un Perú Moderno*. En: Por un Perú Moderno. Decretos Legislativos. Presentación y guía por Alán García. Edición Oficial. Pág. 8

Desde esta perspectiva se asumía que la norma promulgada debía ser, en comparación con la derogada, mucho más ágil en el procedimiento de adjudicación, pero, también, en los casos de cuestionamientos, impugnaciones y solución de controversias que surjan en el proceso de selección y en la ejecución de Contrato. Siendo esta la primera premisa que subyace en el Paradigma esbozado por el Presidente de la República.

IV.3.2. La norma que se aprobó

La propuesta presidencial se desarrolló en el ámbito normativo con especial énfasis en algunos aspectos del Decreto Legislativo N° 017, Ley de Contrataciones del Estado, como son las causales de inaplicación de la norma y la atención de las consultas, observaciones y del recurso de apelación. Veamos cada uno de ellos.

i. Excepciones a su aplicación

Si de lo establecido en el numeral 3.2 se puede concluir que el espectro es amplio, este termina siendo una verdad relativa, ya que el numeral 3.3 del Artículo 3° de la LCE establece una amplia descripción de situaciones en que la normativa no sería de aplicación, siendo en algunos casos aceptable, pero en otros cuestionable. Las situaciones de no aplicación que se consideran en la normativa son las siguientes:

a) La contratación de trabajadores, empleados, servidores o funcionarios públicos sujetos a los regímenes de la carrera administrativa o laboral de la actividad privada.

Este es el caso de las personas que laboran bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM; normas a las que se les debe agregar la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, el Decreto Legislativo N° 1023 por el que se creó la Autoridad Nacional del Servicio Civil, el Decreto Legislativo N° 1024, que crea y regula el cuerpo de gerentes públicos, y el Decreto Legislativo N° 1025, que aprobó las normas de capacitación y rendimiento para el Sector Público. También se encuentra en esta condición de inaplicación el nuevo régimen especial de contratación administrativa de servicios establecido por el Decreto Legislativo N° 1057 y sus normas reglamentarias y complementarias, el mismo que

expresamente dispone la prohibición de contratar bajo la modalidad de servicios no personales⁶⁰⁷; los que son contratados a plazo fijo o plazo indeterminado de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

b) La contratación de auditorías externas en o para las Entidades, la que se sujeta a las normas que rigen el Sistema Nacional de Control. Todas las demás contrataciones que efectúe la Contraloría General de la República se sujetan a lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento.

Esta actividad de la Contraloría General de la República se encuentra regulada por el Decreto Legislativo N° 850. En relación a este dispositivo debemos precisar que la Órgano Superior de Control a regulado la designación y accionar de las Sociedades Auditoras a través de las Resoluciones N° 250-2003-CG que aprobó la Directiva “Registro de Sociedades Calificadas para la Designación de Auditorías en las entidades sujetas a control”, la N° 063-2007-CG que aprobó el “Reglamento de las Sociedades de Auditoría conformantes del Sistema Nacional de Control”, y la N° 388-2007-CG que modificó el Reglamento en mención.

c) Las operaciones de endeudamiento y administración de deuda pública.

Esta disposición además de facilitar la gestión presupuestaria del Estado, permite excluir del ámbito de las LCE una actividad que por su complejidad, dinámica e importancia debe ser regulada por otros mecanismos, como la Ley de Endeudamiento Público.

Al respecto, la Ley N° 28563, Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento define y regula, en su Artículo 3° y siguientes, los diversos aspectos que involucra el Endeudamiento Público, incluyendo el otorgamiento de garantías que puede otorgar el Gobierno.

d) La contratación de asesoría legal y financiera y otros servicios especializados, vinculados directa o indirectamente a las operaciones

⁶⁰⁷ Cuarta Disposición Complementaria Final: “Las entidades comprendidas en la presente norma quedan prohibidas en lo sucesivo de suscribir o prorrogar contratos de servicios no personales o de cualquier modalidad contractual para la prestación de servicios no autónomos”.

de endeudamiento interno o externo y de administración de deuda pública.

Aquí se ha aplicado el criterio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, ya que el legislador ha querido resolver el problema en conjunto, el trámite de la deuda y la asesoría necesaria para ello. Asimismo debemos indicar que en la derogada legislación se establecía la posibilidad de contratar dicha Asesoría a través de la exoneración del Proceso de Selección en la modalidad de servicios personalísimos, la que constituye un procedimiento expeditivo, pero al parecer en el Ministerio de Economía y Finanzas han considerado que esto era insuficiente.

e) Los contratos bancarios y financieros celebrados por las Entidades.

Este es un procedimiento que puede ser utilizado por las entidades públicas para la implementación de sus planes de desarrollo, como es el caso de las universidades públicas u otras, las que podrían acceder a financiamiento bancario para la ejecución de obras o adquisición de inmuebles con cargo al pago a través de los recursos directamente recaudados. Entre los contratos financieros y bancarios tenemos, entre otros, los de Factoring, de Leasing, de Préstamo, de Depósito, de Cuenta Corriente, de Tarjetas de Crédito y de Débito, de Custodia y Gestión.

f) Los contratos de locación de servicios o de servicios no personales que celebren las Entidades con personas naturales, con excepción de los contratos de consultoría. Asimismo, estarán fuera del ámbito de la presente norma, los contratos de locación de servicios celebrados con los presidentes de directorios o consejos directivos, que desempeñen funciones a tiempo completo en las Entidades o empresas del Estado.

Este literal es concordante con el literal a) de este numeral 3.2 de la LCE. La primera parte de esta disposición ha sido regulada por el Decreto Legislativo N° 1057, norma en cuya Cuarta Disposición Complementaria Final establece la prohibición de contratar trabajadores bajo la modalidad de Servicios No

Personales, dejando subsistente dicha posibilidad para los contratos de Asesoría y Consultoría⁶⁰⁸.

La segunda parte del literal acotado, referido a la posibilidad de contratar por locación de servicios, busca facilitar el trabajo a nivel de la Alta Dirección de las entidades públicas que tenían problemas recurrentes para contratar a los integrantes del Directorio o del Consejo Directivo, o de los Órganos Colegiados, personal calificado y con experiencia que no podía ser sometido a proceso de selección. Esta contratación se regularía por las normas del Código Civil.

g) Los actos de disposición y de administración y gestión de los bienes de propiedad estatal.

Los actos de disposición y administración de bienes estatales se encuentran regulados por la Superintendencia de Bienes Nacionales, por lo que sugerimos al lector revisar la Ley N° 29151, Ley General del Sistema de Bienes Nacionales y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA, y demás normas complementarias.

h) Las contrataciones cuyos montos, sean iguales o inferiores a tres (3) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción; salvo que se trate de bienes y servicios incluidos en el Catálogo de Convenios Marco.

Esta es una disposición que busca dinamizar el día a día de la Administración Pública donde las contrataciones y adquisiciones menores son las de mayor incidencia. Hasta antes de la vigencia de la actual normativa sólo se podía contratar libremente hasta 01 Unidad Impositiva Tributaria (UIT), después de lo cual se convertían en Adjudicaciones de Menor Cuantía; ahora, con la modificación efectuada, se puede contratar o adquirir sin aplicar la normativa hasta por 03 UITs, monto significativo en entidades pequeñas, como las municipalidades rurales y distritales, pero también en las de mayor envergadura. En nuestra opinión la implementación de esta disposición debería ir acompañada de

⁶⁰⁸ Artículo 3°.

mecanismos rápidos y eficientes de fiscalización por parte de los Órganos de Control Institucional.

En cuanto al Convenio Marco, debemos precisar que el Convenio Marco es una modalidad especial de contratación en cuya concretización participan el OSCE y PERÚ COMPRAS, según el procedimiento que analizamos en la Capítulo correspondiente; mientras que el Catálogo es “un catálogo electrónico publicado y difundido a través del SEACE que contiene las Fichas con las características de los bienes y servicios en las que son ofertados bajo la modalidad de Convenio Marco. Dichas Fichas incluyen los proveedores adjudicatarios, precios, lugares de entrega y demás condiciones de la contratación”.

i) La contratación de notarios públicos para que ejerzan las funciones previstas en la presente norma y su Reglamento.

Aquí se refiere a la participación de los notarios en los procesos de selección, lo que deben ser contratados prontamente, porque de lo contrario el Otorgamiento de la Buena Pro se podría postergar sin fecha cierta.

j) Los servicios brindados por conciliadores, árbitros, centros de conciliación, instituciones arbitrales y demás derivados de la función conciliatoria y arbitral.

Con esta disposición se busca facilitar el procedimiento de solución de controversias, tanto a nivel de Conciliación como de Arbitraje. En cuanto a la referencia a los “demás derivados” diríamos que estos serían las inspecciones oculares, peritajes, gastos de transporte y viáticos de los participantes de la Conciliación o Arbitraje, de Secretaría, etc.

Al respecto, mediante Directiva N° 013-2005/CONSUCODE/PRE, de fecha 08 de setiembre del 2005, aprobada por Resolución N° 325-2005-CONSUCODE/PRE, se precisaron los alcances de esta causal de inaplicación a fin de orientar a las distintas Entidades estatales en su instrumentalización cuando se trate de los servicios brindados por conciliadores, árbitros, centros de conciliación, instituciones arbitrales y demás derivados de la función conciliatoria y arbitral, prevista en el literal i) del artículo 2.3, indicando respecto de la disposición genérica que debe entenderse como “demás [servicios] derivados de la función

conciliatoria y arbitral” exclusivamente los servicios que sean necesarios para el cabal cumplimiento de las funciones de árbitros y/o conciliadores e inherentes a los procedimientos de conciliación y/o arbitraje, como pueden ser los servicios de peritaje, secretaría arbitral, inspecciones y similares.

De ninguna manera podrán entenderse como comprendidos en esta causal los servicios de asesoría especializada en conciliación y/o arbitraje, bajo responsabilidad del titular”.

Con esta precisión, las Entidades ya no pueden contratar, sin aplicación de la normativa, a la Asesoría Especializada, la cual deberá someterse a los rigores del proceso de selección. Este tema es relevante por cuanto mediante una interpretación extensiva de la norma se había venido eludiendo esta disposición. El problema es que hoy las entidades recurren al servicio personalísimo.

k) Las contrataciones que deban realizarse con determinado proveedor, por mandato expreso de la ley o de la autoridad jurisdiccional.

El literal en comento establece dos posibilidades de no aplicación de la normativa: El primero, por disposición expresa de la normativa (Inaplicación Legal expresa), y el segundo, por disposición del Órgano Jurisdiccional, en este caso la norma viabiliza el procedimiento para la ejecución de Sentencia, o de Laudos, cuando la ejecución de estos es tramitada ante el Poder Judicial, lo que es concordante con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1069 que mejora la Administración de Justicia en materia Comercial modificando normas procesales.

l) La concesión de recursos naturales y obras públicas de infraestructura, bienes y servicios públicos.

Este es un caso donde no se aplica la LCE porque el procedimiento se encuentra regulado por otras normas, el problema es que en el Perú no tenemos una legislación unificada sobre concesiones, cada sector cuenta con una Ley especial. Así tenemos la Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas; la Ley N° 28737, Ley que establece la Concesión Única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones; Decreto Legislativo N° 758 que dictó normas para la

promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos; Decreto Legislativo N° 839 que aprobó la Ley de promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos; Decreto Supremo N° 059-96-PCM, Texto único ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos; Decreto Supremo N° 060-96-PCM, Reglamento del Texto Único ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos; Ley N° 26885, Ley de incentivos a las concesiones de obras de infraestructura y de servicios públicos; el Decreto Legislativo N° 1078 que creó el Sistema de Evaluación e Impacto Ambiental, el Decreto Legislativo N° 1085 que creó el “Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre”, el Decreto Legislativo N° 1090 “Ley Forestal y de Fauna Silvestre”.

m) La transferencia al sector privado de acciones y activos de propiedad del Estado, en el marco del proceso de privatización.

Aunque ya no nos quedan muchos activos, en este caso se aplica la normativa especial vinculada al fomento de la inversión privada, como es el Decreto Legislativo N° 674 “Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado”.

n) La modalidad de ejecución presupuestal directa contemplada en la normativa de la materia, salvo las contrataciones de bienes y servicios que se requieran para ello.

En relación con este tema, el Artículo 59° de la Ley N° 28411, LGSNP, distingue dos modalidades de ejecución presupuestal de las actividades, proyectos y sus componentes: La primera, la **Ejecución Presupuestaria Directa**, la que se produce cuando la Entidad con su personal e infraestructura es el ejecutor presupuestal y financiero de las **Actividades y Proyectos** así como de sus respectivos Componentes; la segunda, la **Ejecución Presupuestaria Indirecta**, la que se produce cuando la ejecución física y/o financiera de las Actividades y Proyectos así como de sus respectivos componentes, es realizada por una

Entidad distinta al pliego; sea por efecto de un contrato o convenio celebrado con una Entidad privada, o con una Entidad pública, sea a título oneroso o gratuito.

En ambas modalidades se hace referencia a actividades y proyectos. En términos presupuestales, la **Actividad** es entendida como “el conjunto de tareas necesarias para mantener, de forma permanente y continua, la operatividad de la acción de gobierno. Representa la producción de los bienes y servicios que la Entidad lleva a cabo de acuerdo a sus funciones y atribuciones dentro de los procesos y tecnologías acostumbrados”⁶⁰⁹; definición que es ampliada cuando se establece que esta reúne acciones que concurren en la operatividad y mantenimiento de los servicios públicos o administrativos existentes, siendo “permanente y continua en el tiempo”, respondiendo a objetivos “que pueden ser medidos cualitativa o cuantitativamente, a través de sus Componentes y Metas”⁶¹⁰. Por otra parte, **Proyecto** se define como “el conjunto de operaciones limitadas en el tiempo, de las cuales resulta un producto final (Metas Presupuestarias), que concurre a la expansión de la acción de Gobierno. Representa la creación, ampliación y/o modernización de la producción de los bienes y servicios, implicando la variación sustancial o el cambio de procesos y/o tecnología utilizada por la Entidad. Luego de su culminación, generalmente se integra o da origen a una Actividad”⁶¹¹.

La **Ejecución Presupuestaria Directa** se vincula en su desenvolvimiento, en el caso de Ejecución de Obras, a las modalidades de **Administración Directa, por Encargo y por contrata con un proveedor determinado**. En la **Administración Directa**, las obras son realizadas por la propia Entidad, pudiendo ejecutarse “a través de sus medios personales o con la colaboración de empresarios particulares”⁶¹², constituyendo una modalidad contractual distinta de las reguladas por la LCE, que se encuentra normada por la Resolución de Contraloría N° 195-88-CG. Pero también podrá celebrarse un Convenio entre dos entidades públicas a efectos de una de ellas **encargue** a la otra la ejecución de una obra, en este caso, en la medida en que se satisfaga el interés general, los fines del Estado y no medie el afán de lucro, en este caso tampoco le será de aplicación la LCE.

⁶⁰⁹ Resolución Directoral N° 007-99-EF/76.01, Glosario de Términos de Gestión Presupuestaria del Estado, publicada el 23 de febrero de 1999.

⁶¹⁰ Ley N° 27209, Ley de Ejecución Presupuestaria del Estado 1999, Artículo 9°.

⁶¹¹ Resolución Directoral N° 007-99-EF/76.01. Ibid.

⁶¹² García De Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás- Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Cit. Pág. 717.

Modalidades que analizamos en detalle en el literal r).

En todos los casos descritos, sólo se aplicará la normativa de contrataciones del Estado a los bienes y servicios que se requieran para la ejecución.

ñ) Las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuyo mayor valor estimado de las prestaciones se realice en el territorio extranjero;

Este es el caso de los contratos internacionales, donde existe un proveedor no domiciliado en el país, y se aplica en la medida que la prestación así lo exija, como podría ser el hecho de que la Entidad determine previamente “la inexistencia en el mercado nacional de alguna oferta que satisfaga su necesidad de bienes, servicios u obras en las condiciones requeridas”⁶¹³.

o) Las contrataciones que realicen las Misiones del Servicio Exterior de la República, exclusivamente para su funcionamiento y gestión, fuera del territorio nacional;

Esta disposición guarda coherencia con la anterior y tiene como objetivo facilitar el funcionamiento de nuestras representaciones diplomáticas.

p) Las contrataciones de servicios de abogados, asesores legales y de cualquier otro tipo de asesoría requerida para la defensa del Estado en las controversias internacionales sobre inversión en foros arbitrales o judiciales;

Esta condición de inaplicación antes estaba considerada como contratación vía exoneración de proceso de selección en la modalidad de servicios personalísimos, y se vincula a las controversias que pudieran surgir en el marco de fomento a la inversión extranjera. A la fecha se encuentra regulado por la Ley N° 28933, Ley que establece el sistema de coordinación y respuesta del Estado de controversias internacionales de Inversión, y el Decreto Supremo N° 002-2009-EF, el cual determinó el procedimiento a seguir para la contratación del servicio de abogados, estudios de abogados y de otros profesionales.

⁶¹³ Opinión N° 016-2006/GTN

- q) **Las compras de bienes que realicen las Entidades mediante remate público, las que se realizarán de conformidad con la normativa de la materia;**

Al respecto puede revisarse la Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Nacionales, norma que regula lo referente a la adquisición y venta de los bienes nacionales.

- r) **Los convenios de cooperación, gestión u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades, o entre éstas y organismos internacionales, siempre que se brinden los bienes, servicios u obras propios de la función que por ley les corresponde, y además no se persigan fines de lucro;**

El Convenio se define como el concierto de voluntades que se expresa en un pacto o contrato⁶¹⁴. El literal glosado delimita esta apreciación genérica al ponernos ante distintas modalidades de Convenio, los mismos que se configuran como causales de inaplicación de la norma. Así tenemos que esta no se aplica cuando se trate de: a) *Los convenios de cooperación, gestión u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades;* y b) *Los convenios de cooperación, gestión u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades y organismos internacionales.*

Ambas situaciones, si bien se refieren a convenios, tienen implicancias y procedimientos distintos. En nuestra opinión el legislador erradamente ha ubicado a ambos en un mismo literal, cuando en realidad responden a situaciones sustancialmente distintas. Vemos porque:

- ***Los convenios de cooperación, gestión u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades***

Este extremo del literal materia de análisis guarda relación con el literal n) anteriormente expuesto. En principio, este supuesto de exoneración que involucra a los Convenios de Cooperación, Gestión u otros de naturaleza análoga **que se suscriban entre entidades** es distinto del acuerdo de voluntades “por el cual la Administración Pública se obliga a realizar contraprestaciones de carácter oneroso

⁶¹⁴ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1989. Tomo II. Pág. 365.

para obtener bienes, servicios y obras de parte de un proveedor (Entidad pública o Entidad privada), que interviene con fines lucrativos”, esta modalidad implica la erogación de fondos públicos, situación que la enmarca en el ámbito de la LCE y RLCE⁶¹⁵; aunque en ambos casos estamos ante la modalidad de Ejecución Presupuestaria Indirecta.

La diferencia entre ambas modalidades de Ejecución Presupuestaria Indirecta es que en los **Convenios** a los que se refiere el literal materia de análisis las partes intervinientes no persiguen la materialización del afán de lucro, así la celebración del Convenio involucre el gasto de los fondos públicos para cubrir los costos administrativos de las actividades que se acuerden. La ausencia del afán de lucro en la relación implica que el Convenio debe necesariamente suponer la ejecución de prestaciones a título gratuito, esta situación es la que lo ubica fuera del ámbito de la normativa de contrataciones del Estado. Al respecto debemos precisar que la LGSNP, Ley N° 28411, distingue en sus articulados entre Contrato y Convenio.

Otra modalidad es el **Encargo**, el mismo que también constituye una forma de Ejecución Presupuestaria Indirecta. En relación a esta modalidad, el Artículo 62° y siguientes de la Directiva de Tesorería N° 001-2007/77.15 establece que “Se denomina “Encargo”, en el marco de lo establecido en el inciso b) del artículo 59° de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, a la ejecución de determinadas actividades y proyectos por parte de: a) Unidades desconcentradas conformantes de la misma Unidad Ejecutora, que para el efecto se denominan “Unidades Operativas”; b) Otra Unidad Ejecutora, distinta de aquella en la cual han sido aprobados los créditos presupuestarios correspondientes, siempre que pertenezca a otro pliego presupuestal”; y se denomina “Encargante” “a la Unidad Ejecutora de donde proceden los recursos y “Encargada” a la Unidad Ejecutora u Operativa que los recibe”.

Los artículos 63° y 64° de la Directiva en mención se refieren, respectivamente, a los casos en que se producen los encargos y los principales términos y condiciones de Convenios y Directivas de Encargos, los mismos que precisan de mejor manera esta modalidad⁶¹⁶.

⁶¹⁵ Ver: Opinión N° 016-2006/GTN.

⁶¹⁶ Artículo 63°.- Casos de Encargos

➤ **Los convenios de cooperación, gestión u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades y organismos internacionales.**

En relación con este rubro, la Octava Disposición Complementaria Transitoria del RLCE dispone que estos Convenios no se podrán utilizar para el Encargo de realización de procesos de selección, los cuales se regulan por el Artículo 6°⁶¹⁷ de la LCE y 83° y siguientes⁶¹⁸ del RLCE.

63.1 El manejo de fondos públicos en la modalidad de "Encargos" puede darse en los casos siguientes:

a) Entre Unidades Ejecutoras que pertenecen a diferentes pliegos presupuestales. En este caso, los titulares del pliego o los funcionarios a quienes les sea delegada esta función en forma expresa, suscriben un Convenio.

b) Entre la Unidad Ejecutora y una o más de sus Unidades Operativas. En este caso, el titular del pliego o el funcionario a quien se le delegue esta función en forma expresa deberá emitir una Directiva.

63.2 Las Unidades Operativas "Encargadas" deben efectuar el registro de sus operaciones de gasto en el módulo SIAF-SP, que será instalado en la oportunidad en que la Unidad Ejecutora correspondiente asegure a la DNTP la disponibilidad de equipos, software y líneas de comunicación necesarias para ello.

63.3 Sólo proceden los "Encargos" a Municipalidades que utilizan el SIAF-SP.

Artículo 64°.- Principales términos y condiciones de Convenios y Directivas de Encargos

Los Convenios y las Directivas a que se refiere el artículo precedente, entre otros términos y condiciones que se estimen pertinentes para garantizar la adecuada ejecución de los encargos, deben contemplar lo siguiente:

a) La fuente de financiamiento de los recursos a ser ejecutados en la modalidad de "Encargo".

b) Los fondos que provengan de la fuente de financiamiento Recursos Ordinarios u otros administrados y procesados a través de la DNTP son manejados exclusivamente en el Banco de la Nación para cuyo efecto, en el caso de las Unidades Ejecutoras, la "Encargante" debe solicitar la apertura de una cuenta central de "Encargos" y de la(s) cuenta(s) bancaria(s) de reversión necesarias y, de ser pertinente, las cuentas corrientes específicas conforme a lo establecido en la presente Directiva.

Los encargos otorgados por las Municipalidades se manejan en cuentas corrientes específicas a solicitud de la "Encargante".

c) Las condiciones o requisitos de los actos administrativos propios de la ejecución del gasto que es materia del Encargo, en el marco de los procedimientos y plazos establecidos a través de la normatividad presupuestal y de tesorería vigente.

d) Inmediatamente después de aprobado el crédito presupuestario a través del Calendario de Compromisos del periodo, la "Encargante" determina los conceptos y montos de las transferencias y realiza el Gasto Comprometido, Devengado y Girado en el mismo periodo y con la debida oportunidad a fin de permitir que la "Encargada" registre en el SIAF-SP la información de sus operaciones.

e) Los términos a que deben sujetarse las rendiciones de cuenta por parte de la "Encargada", respecto del cumplimiento de las actividades y proyectos encomendados, con indicación de la documentación e información sustentatoria correspondiente.

f) Las rendiciones de cuentas documentadas sobre el estado de ejecución del gasto por los encargos recibidos deben realizarse cada 30 días.

g) Los comprobantes de pago que sustenten la ejecución del gasto deben ser emitidos a nombre de la "Encargante".

h) Las reversiones a que hubiera lugar por parte de las "Encargadas", producto de la recuperación de pagos indebidos y devoluciones, deben ser depositados directamente por ellas en la respectiva cuenta central de Encargos de la "Encargante", a través del SIAF-SP, mediante Papeleta de Depósitos (T-6), con indicación expresa del número de registro de la operación en el SIAF-SP en virtud de la cual se afectó la ejecución del gasto para efectos de las remesas correspondientes.

i) Se prohíbe a las "Encargadas" delegar en otras Unidades Ejecutoras, Unidades Operativas o instituciones, la ejecución de los fondos recibidos en la modalidad de "Encargo".

j) El incumplimiento de los términos y condiciones establecidos a través de la correspondiente Directiva o Convenio dará lugar a la suspensión de la entrega de nuevas remesas.

⁶¹⁷ **Artículo 6°.- Órganos que participan en las contrataciones**

Cada Entidad establecerá en su Reglamento de Organización y Funciones u otros instrumentos de organización, el órgano u órganos responsables de programar, preparar, ejecutar y supervisar los procesos de contratación hasta su culminación, debiendo señalarse las actividades que competen a cada funcionario, con la finalidad de establecer las responsabilidades que le son inherentes.

Los funcionarios y servidores que formen parte del órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, deberán estar capacitados en temas vinculados con las contrataciones públicas, de acuerdo a los requisitos que sean establecidos en el Reglamento.

Mediante convenio, las Entidades podrán encargar a otras del Sector Público y/o Privado, nacional o internacional, la realización de sus procesos de contratación incluyendo los actos preparatorios que sean necesarios, conforme a los procedimientos y formalidades que se establezcan en el Reglamento.

⁶¹⁸ **Artículo 83°.- Entidades participantes y entidad técnica**

Se consideran Entidades participantes aquellas que están obligadas a contratar los bienes y servicios contenidos en sus respectivos Planes Anuales de Contratación, mediante Compra Corporativa Obligatoria. Designadas las Entidades participantes, éstas tendrán la obligación de homogenizar y consolidar los requerimientos de todas sus unidades orgánicas y remitirlas a la Central de Compras Públicas - PERU COMPRAS dentro del plazo que ésta fije, bajo responsabilidad. Las Entidades participantes se encuentran obligadas a contratar directa y exclusivamente con los proveedores seleccionados, los bienes y/o servicios cuyo requerimiento haya sido materia del proceso de Compra Corporativa Obligatoria. Asimismo, se encuentran obligadas a suscribir todos los documentos que resulten necesarios para la formalización del o los contratos que se deriven del o los procesos de selección, pagar al proveedor o proveedores seleccionados la contraprestación acordada, previa conformidad con la prestación ejecutada, así como los demás actos relacionados con la ejecución del contrato. La Entidad Técnica de la Compra Corporativa es la que determina las características homogenizadas de los bienes y servicios requeridos

por las Entidades participantes, teniendo como base la consolidación remitida por la Central de Compras Públicas - PERÚ COMPRAS.

Artículo 84°.- Sustento presupuestal

En el caso que la consolidación y/o agregación de la cantidad total de requerimientos de bienes y/o servicios se realice durante un período fiscal, para la atención de requerimientos para el siguiente año fiscal, la Central de Compras Públicas - PERÚ COMPRAS requerirá a cada Entidad participante en la Compra Corporativa Obligatoria, que gestione la disponibilidad de créditos presupuestarios ante su respectiva Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces, tomando como referencia el proyecto de Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal siguiente que el Poder Ejecutivo haya remitido al Congreso de la República, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78° de la Constitución Política, y que le remita dicha información. Asimismo, las Entidades participantes no podrán efectuar modificación alguna en sus marcos presupuestales que pueda afectar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de la suscripción y ejecución de los contratos que se celebren luego de efectuada la Compra Corporativa, salvo los casos de desabastecimiento inminente o situación de emergencia previstos en la normativa.

Artículo 85°.- Compras Corporativas Facultativas

Para las Compras Corporativas que se realicen de manera facultativa, se deberá elaborar un convenio que deberá ser suscrito por los funcionarios competentes de todas las Entidades participantes, en el que se establezca el objeto y alcances del mismo, las obligaciones y responsabilidades de las partes, así como la designación de la Entidad encargada de la compra corporativa. La Entidad encargada de la Compra Corporativa tendrá a su cargo las siguientes tareas:

- a) Recibir los requerimientos de las Entidades participantes;
- b) Consolidar y homogenizar las características de los bienes y servicios, así como determinar el valor referencial para cada proceso de selección a convocarse en forma conjunta;
- c) Efectuar todos aquellos actos previos y necesarios para conformar y aprobar el Expediente de Contratación;
- d) Designar al o a los Comités Especiales que tendrán a su cargo los procesos de selección para las compras corporativas;
- e) Aprobar las Bases;
- f) Resolver los recursos de apelación, en los casos que corresponda.

El funcionamiento, competencia, obligaciones y demás atribuciones del Comité Especial son las previstas en la Ley y el presente Reglamento, teniendo a su cargo:

- a) Elaborar las Bases, conforme al contenido del Expediente de Contratación. En las Bases deberá distinguirse claramente el requerimiento de cada Entidad participante del convenio, para los efectos de la suscripción y ejecución del contrato respectivo.
- b) Una vez que quede consentido el otorgamiento de la Buena Pro, elevar el expediente al Titular de la Entidad encargada de la Compra Corporativa para su remisión a las Entidades participantes.

Las Entidades participantes se encuentran obligadas a contratar directa y exclusivamente con los proveedores seleccionados los bienes y/o servicios cuyo requerimiento haya sido materia del proceso de Compra Corporativa, conforme al procedimiento establecido en el presente Reglamento. Asimismo, se encuentran obligadas a suscribir todos los documentos que resulten necesarios para la formalización del o los contratos que se deriven del o los procesos de selección, así como a pagar al proveedor o proveedores seleccionados la contraprestación acordada, previa conformidad con la prestación ejecutada. Las Compras Corporativas no requieren de la modificación del Plan Anual de Contrataciones de las Entidades participantes, aunque debe indicarse que se procederá a contratar mediante Compra Corporativa Facultativa, con expresa mención de la Entidad encargada de la Compra Corporativa. La Entidad encargada de la Compra Corporativa y el o los Comités Especiales que se designen para tal fin, deberán observar lo dispuesto en la Ley, el Reglamento y demás disposiciones complementarias. En caso que se desee complementar o incorporar requerimientos adicionales a los previstos en el convenio, las Entidades participantes podrán hacerlo mediante la suscripción de cláusulas adicionales. El convenio permitirá la adhesión de cualquier otra Entidad siempre y cuando ésta se efectúe antes de la convocatoria.

Los contratos derivados de la Compra Corporativa, así como la información referida a su ejecución deberán ser ingresados al SEACE, por cada una de las Entidades participantes, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles siguientes a su perfeccionamiento, ocurrencia o aprobación, según corresponda.

CAPÍTULO IX

SELECCIÓN POR ENCARGO

Artículo 86°.- Características del Proceso de Selección por Encargo

Por razones económicas o de especialidad en el objeto de la convocatoria, una Entidad podrá encargar a otra Entidad pública o privada, nacional o internacional u organismos internacionales, mediante convenio interinstitucional, la realización del proceso de selección que aquella requiera para la contratación de bienes, servicios y obras, previo informe técnico legal que sustente la necesidad y viabilidad del Encargo, el mismo que será aprobado por el Titular de la Entidad. La aprobación del Expediente de Contratación y de las Bases será competencia de la Entidad encargante.

Artículo 87°.- Encargo a una Entidad Pública

1. La Entidad pública encargada designará a un Comité Especial que, además de conducir el proceso de selección, elaborará las Bases, las mismas que deben ser aprobadas por el funcionario responsable de la Entidad encargante. Una vez que ha quedado consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la Buena Pro, deberá remitirse el expediente a la Entidad encargante para la suscripción y ejecución del contrato respectivo. La designación, conformación y funcionamiento del Comité Especial se sujetará a lo estipulado en este Reglamento, en lo que le sea aplicable.
2. En caso de presentarse recurso de apelación, el mismo será resuelto por el Titular de la Entidad encargada o por el Tribunal, según corresponda.

Artículo 88°.- Encargo a una Entidad Privada, nacional o internacional (Modificado por D.S. N° 021-2009-EF)

1. La Entidad encargada será seleccionada, mediante el proceso de selección que corresponda, teniendo en cuenta el objeto y la cuantía de la comisión, conforme a lo dispuesto en la Ley y el presente Reglamento. La decisión de encargar la contratación corresponde al Titular de la Entidad, siendo esta facultad indelegable.
2. Las Entidades participantes deberán acreditar una experiencia de contratación pública o privada, no menor a dos (2) años en el mercado nacional o internacional, en bienes, servicios u obras, según corresponda al requerimiento de la Entidad encargante. Asimismo, deberán estar inscritas en el RNP y no encontrarse impedidas para contratar con el Estado.
3. La Entidad encargada celebrará un convenio con la Entidad encargante, el que deberá ser específico y concreto para cada proceso de contratación encargado. Cada convenio detallará las obligaciones y responsabilidades de cada una de las partes. La solución de controversias derivadas del convenio se realizará por conciliación o arbitraje.

De la revisión de los artículos 83° al 85° apreciamos que se refieren a Compras Corporativas, siendo que los artículos 86° al 89° tratan sobre el Encargo.

Consideramos que quizás se deba a un error que aún no ha sido rectificado, sin embargo, los citamos a pie de página.

Pero lo relevante es que de la concordancia entre el Artículo 6° de la LCE y el Artículo 89° del RLCE, se concluye en la vigencia de los Convenios de Administración de Recursos como mecanismo para evitar la aplicación de la LCE.

➤ **Los problemas de los Convenios de Administración de Recursos**

De estos convenios, los que mayor incidencia tiene en las contrataciones públicas en el país es el **Convenio de Administración de Recursos, Costos**

Compartidos u otras modalidades similares, que las Entidades suscriben con organismos o instituciones internacionales para encargarles la administración de sus recursos. Es, en términos reales, otra Ley de Contrataciones del Estado, y constituye en nuestra opinión la salida fácil y de alto costo para los peruanos ante las limitaciones de los gobernantes para configurar una Administración Pública moderna y eficiente, recurriendo al fácil expediente de contratar a terceros:

4. Los procesos de contratación que realicen las Entidades encargadas se sujetaran a lo dispuesto en la Ley y el presente Reglamento. De interponerse un recurso de apelación, éste será resuelto por la Entidad encargante o por el Tribunal, según corresponda.

El OSCE establecerá mediante directiva un Convenio Modelo, que será empleado obligatoriamente para realizar procesos por encargo a Entidades Privadas nacionales o internacionales; así como otros requerimientos necesarios y aspectos complementarios para la participación de las Entidades Privadas nacionales o internacionales en el proceso de selección por Encargo.

Artículo 89°.- Encargo a Organismos Internacionales

1. Los convenios de encargo se aprueban para el caso de las Entidades del Gobierno Nacional, mediante resolución suprema refrendada por el Ministro del Sector

correspondiente, y mediante Resolución del Titular en el caso de Organismos Constitucionalmente Autónomos. En el caso de los Gobiernos Regionales y Locales, los convenios se aprueban mediante Acuerdo del Consejo Regional o Municipal, respectivamente.

2. Para adoptar la decisión de encargo y para designar el organismo internacional se debe contar previamente con:

a) Informe favorable de la Oficina de Presupuesto, o la que haga sus veces, sobre la disponibilidad de los recursos para el financiamiento de la contratación objeto del encargo.

b) Informe de la Oficina de Administración, o la que haga sus veces, sobre las ventajas y beneficios de la concertación del convenio.

3. Los organismos o instituciones internacionales con los cuales las Entidades suscriban los referidos convenios deberán encontrarse acreditadas en el Perú de acuerdo con las normas sobre la materia, debiendo presentar a la Entidad el documento correspondiente.

4. La Entidad encargante celebrará un convenio con el organismo encargado, el que deberá ser específico y concreto para cada proceso de contratación encargado. Cada convenio detallará las obligaciones y responsabilidades de cada una de las partes.

5. Los convenios contendrán los siguientes aspectos:

a) El compromiso por parte del organismo internacional de que los procesos se sujetarán a normas uniformes aplicables a nivel internacional y que cumplan los principios establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado.

b) El compromiso del organismo internacional de llevar a cabo procesos de capacitación en materia de compras al personal que la Entidad designe.

c) Obligación por parte de la Entidad de incluir las contrataciones en el Plan Anual de Contrataciones, registrar en el SEACE la convocatoria de los procesos de contratación que realice el organismo internacional encargado, el resultado de los mismos, los proveedores adjudicados, los montos y contratos celebrados.

d) Provisión de información periódica al Ministerio de Economía y Finanzas, Contraloría General de la República y al OSCE, respecto de la ejecución del encargo, sin perjuicio de aquella que sea solicitada por estas entidades.

"Acabamos de solicitar al PNUD y al BID que se hagan cargo de las licitaciones"⁶¹⁹.

En cuanto al alto costo podemos reseñar el siguiente dato referido a PNUD (UNOPS), donde se establece la relación entre monto de dinero administrado y comisión cobrada. Al respecto se indica que este organismo "...ha contribuido a que el Gobierno realice inversiones por más de US\$ 3.000 millones, en casi 2.500 procesos de licitación"⁶²⁰. Si el porcentaje que estos organismos cobran una comisión que fluctúa entre 2% a 3.5%⁶²¹ estaríamos hablando de aproximadamente 90 millones de dólares de comisión. .

Pero ¿cómo hemos llegado a esta situación? La modalidad no es nueva, la utilizó el Régimen del Ing. Alberto Fujimori en especial para financiar los elevados sueldos de la tecnocracia que sostuvo su Régimen Dictatorial, quienes creían que eran "burocracia aséptica" y que por lo tanto daba lo mismo trabajar para una Dictadura o para un Gobierno Democrático. Pero el Régimen del Ing. Fujimori sólo se desarrolló sobre la base de las condiciones existentes. El Estado Peruano se caracterizaba y caracteriza por la debilidad de sus sistemas administrativos, por ello, luego de instaurada la democracia los gobiernos electos no sólo continuaron con la política de suscribir convenios de Administración de Recursos, sino que ampliaron las posibilidades de su implementación.

Así, en la Séptima Disposición Complementaria de la LGSNP, Ley N° 28411, publicada el 08 de diciembre del 2004, se dispuso que: "**Los Convenios de Administración de Recursos, Costos Compartidos u otras modalidades similares**, que las Entidades del Gobierno Nacional suscriban con organismos o instituciones internacionales para encargarles la administración de sus recursos, deben aprobarse por resolución suprema refrendada por el Ministro del sector correspondiente, previo informe de la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces, en el que se demuestre las ventajas y beneficios de su concertación así como la disponibilidad de los recursos para su financiamiento. El procedimiento señalado se empleará también para el caso de las addendas, revisiones u otros

⁶¹⁹ *Compra de patrulleros queda en 'stand by'*. Diario El Comercio. Lima, 7 de marzo de 2007. Palabras citadas del Presidente de la República.

⁶²⁰ *Afirman que encargar compras al PNUD no soluciona nada*. Diario El Comercio. Lima, 17 de octubre de 2007.

⁶²¹ *Contralor pide más transparencia en obras licitadas por convenios*. Diario El Comercio. Lima, 22 de octubre de 2008.

que amplíen la vigencia, modifiquen o añadan metas no contempladas originalmente.

En el caso de los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y Organismos Constitucionalmente Autónomos dichos convenios y sus modificatorias son aprobados mediante Acuerdo del Consejo Regional, del Concejo Municipal y Resolución del Titular del Organismo Constitucionalmente Autónomo, respectivamente, de conformidad con lo establecido en el párrafo anterior, debiéndose contar con el informe previo de la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces, en el que se demuestre las ventajas y beneficios de su concertación así como la disponibilidad de los recursos para su financiamiento.

Los contratos de locación de servicios que se celebren con personas naturales al amparo de los mencionados convenios sólo podrán referirse al desarrollo de asesorías, consultorías, actividad profesional calificada y similar de carácter especializado. Asimismo, dicha contratación podrá efectuarse para el desempeño de cargos de confianza que se requieran, inclusive en los Gobiernos Regionales". Con esta disposición se abría la posibilidad de que cualquier instancia de Gobierno, mediante una justificación aceptable, de las que nunca faltan, se excluya de la aplicación de la LCE.

Posteriormente, con Decreto de Urgencia N° 041-2007 se autorizó a las entidades del Gobierno Nacional a suscribir con organismos o instituciones internacionales Convenios de Administración de Recursos, costos compartidos u otras modalidades similares, para encargarles la Administración de Recursos provenientes de la Ley N° 28880.

Finalmente, mediante Ley N° 29142, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2008, se dispuso, siguiendo el criterio de la LGSNP, Ley N° 28411, que las entidades públicas puedan suscribir durante el año 2008 con organismos o instituciones internacionales, Convenios de Administración de Recursos, Costos Compartidos u otras modalidades similares, para encargarles la administración de sus recursos, indicando que en el caso de los gobiernos locales dichos convenios y sus modificatorias deberán ser aprobados mediante Acuerdo del Concejo Municipal, debiéndose contar con el informe previo de la Oficina de Presupuesto, o

la que haga sus veces, en el que se demuestre las ventajas y beneficios de su concertación, así como la disponibilidad de los recursos para su financiamiento.

Con esta flexibilización, y paralelismo a la LCE, que es muy superior al efectuado durante el Régimen del Ing. Fujimori, en los últimos años la Administración Pública optó por esta vía, previa crítica y descalificación al CONSUCODE y la LCE y el RLCE. La consecuencia de debilitar el sistema de contrataciones estatales no se hizo esperar, la falta de transparencia⁶²² tuvo sus consecuencias, tal como podemos apreciar en algunas noticias periodísticas que seguidamente citamos:

- *“Durante el año pasado el Partido Aprista colocó a 73 de sus militantes como consultores en diversos proyectos gubernamentales de los sectores Energía y Minas, Mujer y Desarrollo Social, Trabajo, Transportes e Interior, así como de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI), los programas Juntos y Sembrando, el otrora Consejo Nacional de Descentralización y las procuradurías anticorrupción que dependen del Ministerio de Justicia.*

Esta cifra se ha podido conocer al contrastar el padrón de afiliados del Apra elaborado recientemente por el secretario general del partido de gobierno, Mauricio Mulder, con la nómina de los consultores de los sectores mencionados y que es administrada a través de convenios con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)⁶²³.

- *“Un subgrupo de trabajo de la Comisión de Fiscalización del Congreso de la República investigará las presuntas irregularidades en las contrataciones de personal en el Gobierno Regional de Puno.*

Según una información periodística, diversos funcionarios de la referida sede regional que tienen contratos por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), carecerían de los requisitos

⁶²² *El Contralor General de la República, Genaro Matute, pidió mayor transparencia a las entidades públicas que realizan sus compras y licitaciones a través de convenios de cooperación técnica con organismos internacionales.* Diario El Comercio. Lima, 22 de octubre de 2008.

⁶²³ Sifuentes Alemán, Ítalo. *Gobierno contrata apristas con PNUD.* Diario El Comercio. Lima, 2 de febrero de 2008.

*profesionales básicos inclusive se establece que un determinado número de ellos no contaría con título profesional*⁶²⁴.

- “En los primeros días de marzo, el consorcio Ibeco inició la construcción del nuevo malecón Pardo, en La Punta, el que debía estar listo en 145 días, es decir en la primera semana de agosto. Después de más de un mes de vencido ese plazo, dicha obra tiene apenas un avance de entre 20% y 30%.

Tanto los residentes como los dueños de los restaurantes de esa zona de La Punta están molestos con esa demora y algunos, como la vecina Gladys Morales, no saben con exactitud a qué se debe y creen que el concejo se quedó sin dinero. Según el alcalde Wilfredo Duharte, la licitación de la obra fue encargada al Programa Nacional de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), que concluyó el estudio técnico en mayo del 2007”⁶²⁵.

- “El titular de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), Jorge del Castillo, aseguró que está dispuesto a someterse a cualquier investigación sobre la propaganda del Gobierno en la que aparece Vladimiro Montesinos y que, según un informe periodístico, habría sido financiada con fondos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)”⁶²⁶.
- “... cuando Canaán le dice a León Alegría que convenza a Garrido Lecca para que sea la OEI la entidad que organice la licitación, le está solicitando en realidad que él quiere tener el control sobre la institución que efectuará el concurso (en este caso la construcción y/o equipamiento de nuevos hospitales). De ahí que sea clave conseguir ("sinecuanon") que la OEI firmara un convenio con el Ministerio de Salud

⁶²⁴ *Fiscalización investigará contrataciones irregulares en la Región Puno*. Diario El Comercio. Lima, 18 de marzo de 2008.

⁶²⁵ *Tras 6 meses de obras, malecón de La Punta avanza solo un 30%*. Diario El Comercio. Lima, 13 de setiembre de 2008.

⁶²⁶ *Del Castillo está dispuesto a ser investigado por el spot "No al paro"*. Diario El Comercio. Lima, 10 de julio de 2008.

para que no hubiera riesgo de perder la buena pro de los sanatorios que querían construir.

¿Y por qué requerían de una entidad internacional como la OEI? Sencillamente porque este tipo de instituciones está fuera de los controles públicos peruanos. No se la puede fiscalizar como se hace cuando el proceso de adquisición o de contratación es efectuado a través de Consucode, entidad del Estado que vigila las compras públicas. Justamente, a propósito de esta situación, León Alegría le dice a Abel Salinas (hijo) en el audio que publicamos en portada: "hay que salirse de Consucode. Si no, la locura".

En otros audios el empresario Canaán y León Alegría afirman que controlan la OEI⁶²⁷.

La reseña expuesta nos pone ante la evidencia de que no existen soluciones mágicas, ni instituciones u organismos que sean panaceas. Somos de la opinión que el Estado no puede renunciar a su obligación de hacer gestión, por ello se deben fortalecer los sistemas administrativos de gestión, pero, a la vez, los de control.

s) La contratación de servicios públicos, siempre que no exista la posibilidad de contratar con más de un proveedor;

Esta causal de inaplicación es similar a la exoneración de proceso de selección por proveedor único, pero se diferencia de él en que la causal de exoneración se refiere a bienes, y la de inaplicación a servicios.

t) Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, Estados o entidades cooperantes, siempre que estén asociadas a donaciones u operaciones oficiales de crédito.

⁶²⁷ *Canaán logró apoyo de Garrido Lecca y la OEI*. Diario El Comercio. Lima, 9 de octubre de 2008.

En relación a estas contrataciones debemos indicar, como antecedente, de que mediante Decreto Supremo N° 078-2005-PCM se incorporó el siguiente párrafo a la Tercera Disposición Complementaria del Reglamento derogado, *“Las adquisiciones y contrataciones realizadas dentro del marco de convenios internacionales que han sido celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 28267⁶²⁸, prevista en el artículo 5°, se regirán por las disposiciones establecidas en dichos compromisos, cuando sean normas uniformes aplicadas a nivel internacional y cumplan con los principios que rigen a las contrataciones y adquisiciones del Estado vigentes al momento de la celebración del convenio que les eran aplicables a dichos compromisos. La misma regla se aplicará a los convenios internacionales cuya vigencia ha sido prorrogada o sus alcances modificados en virtud de addendas, revisiones u otros supuestos similares, que aún se encuentren vigentes, y a los que encontrándose vigentes, sean prorrogados o modificados de la misma manera”*. Posteriormente, mediante Directiva N° 014-2005-CONSUCODE/PRE aprobada por Resolución N° 381-2005-CONSUCODE/PRE y modificada por Resolución N° 039-2006-CONSUCODE/PRE, el CONSUCODE precisó el porcentaje mínimo de financiamiento de las entidades cooperantes en las contrataciones y adquisiciones realizadas dentro del marco de convenios internacionales; normas que hoy, al no tener vigencia, ni al precisarse porcentajes en el literal acotado, flexibilizarían la causal de inaplicación.

Esta es una exigencia de los propios organismos internacionales, el problema es que, tal como hemos indicado, la causal de inaplicación no pone condición alguna, como el porcentaje de la donación o la coincidencia de los principios.

Pero debemos tener en cuenta para efectos de su aplicación la Quinta Disposición Complementaria Transitoria del RLCE establece que en estas contrataciones “en caso de vacío o deficiencia en la regulación de los procesos de selección convocados, serán de aplicación supletoria las disposiciones de la Ley y el presente Reglamento. En uno u otro supuesto corresponderá al OSCE supervisar el cumplimiento de los principios que rigen los procesos de selección contemplados en el artículo 3º de la Ley.

⁶²⁸ Mediante la Ley N° 28267, de fecha 03 de julio del 2004, se modificaron diversos artículos del Texto Único de la Ley N° 26850 aprobado por D.S. N° 012-2001-PCM.

Si el vacío o deficiencia a que se refiere el párrafo anterior están referidos al procedimiento o a las reglas para la determinación de la competencia en la solución de controversias e impugnaciones, corresponderá al OSCE resolver la controversia y/o impugnación suscitada en calidad de última instancia administrativa”.

ii. Las Consultas y Observaciones

El Artículo 28° de la LCE ratifica la definición de Consultas y Observaciones que se tenían en la norma derogada⁶²⁹, pero además fija el procedimiento general para tramitar las mismas, el que difiere del establecido anteriormente.

En el procedimiento se plantea inicialmente la obligación de que en el Cronograma del proceso de selección se establezca un plazo cierto para la presentación y absolución fundamentada de las consultas y observaciones⁶³⁰ y la comunicación a los participantes en forma oportuna y simultánea a través del SEACE. En este orden, se mantiene vigente el criterio del Tribunal en el sentido de que si la norma y las Bases han fijado un plazo determinado para efectuar dicha actividad, el Comité Especial no podrá fijar un plazo distinto o un único día para absolver las Consultas y Observaciones⁶³¹.

El trámite inicial sigue siendo el mismo. Ambas, las Consultas y Observaciones, se presentan ante el Comité Especial y son evaluadas por éste Órgano. En el caso de las Consultas el procedimiento es el mismo, son absueltas por el Comité Especial, situación que no se mantiene completamente cuando se trata de Observaciones que no son acogidas.

Cuando el Comité Especial acoge la Observación, se acaba el procedimiento y se continua con la integración de las Bases; pero en el caso de no acogimiento se produce la diferenciación respecto del trámite subsiguiente en función del monto

⁶²⁹ “A través de las consultas, se formulan pedidos de aclaración a las disposiciones de las Bases y mediante las observaciones se cuestionan las mismas en lo relativo al incumplimiento de las condiciones mínimas o de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección”.

⁶³⁰ “El cronograma a que se refiere el inciso f) del artículo 26° de la presente norma debe establecer un plazo para la presentación de consultas y observaciones al contenido de las Bases y otro para su absolución”.

⁶³¹ Sobre este tema puede verse la Resolución N° 1112/2007.TC-S1, referida a la fijación del plazo y la imposibilidad que tiene el Comité Especial para fijar en forma arbitraria un día determinado para absolver las consultas y observaciones. “... las Bases deberán contener como mínimo un calendario del proceso de selección, el que debe establecer un plazo para la presentación de consultas sobre las Bases, el cual podrá variar de acuerdo a la complejidad de la adquisición y contratación y un plazo para su absolución (...) por lo que este Órgano (el Comité Especial) no puede fijar como único día para absolver las consultas y observaciones, el último día para su presentación”. El agregado es nuestro.

establecido como Valor Referencial. Así, si el Valor Referencial es superior a **300 Unidades Impositivas Tributarias** el Comité Especial, previo pedido de cualquiera de los participantes, deberá elevar la Observación no acogida al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE a fin de que emita el Pronunciamiento respectivo; pero cuando se trate de un Valor Referencial inferior a las 300 UITs, quien deberá emitir el Pronunciamiento en última instancia será el Titular de la Entidad. Esto es lo nuevo y preocupante.

iii. La Apelación

En la primera parte del presente trabajo nos referimos, desde la perspectiva doctrinaria, a la naturaleza jurídica de los recursos impugnativos en general, donde también incluíamos al recurso de Apelación; por ello, en las líneas que siguen nos abocaremos, siguiendo la metodología expositiva que venimos implementando, al análisis de los distintos artículos de la LCE y RLCE que se refieren al citado recurso.

Pero antes de ingresar al tema debemos indicar que el presupuesto procesal objetivo para la validez de cualquier recurso impugnativo en la vía administrativa es la existencia de un acto administrativo previo contra el cual la impugnación está dirigida, el cual debe causar agravio al administrado. Desde esta perspectiva “el recurso administrativo se interpondrá a efectos de modificar o extinguir su eficacia y, por su efecto, variar la condición jurídica discutida. Si el postor no cuestiona su situación legal en el proceso de selección, consiente su descalificación y, por tanto, pierde la calidad de postor”⁶³².

iii.1. La instancia única administrativa y el incremento de la discrecionalidad de la Entidad

Los recursos impugnativos son los medios a través del cual la Entidad puede revisar sus propios actos, deviniendo por ello en un mecanismo de autocontrol, los que requieren para su materialización de la actuación del administrado impugnando un acto o una actuación, perspectiva desde la cual deviene en una carga para él. De acuerdo con lo establecido en la Resolución N° 2060 – 2008 – TC – S3 el sistema de impugnaciones considerado por la normativa “no está

⁶³² Resolución N° 218/2006.TC-SU

diseñado para la protección de derechos inciertos o indeterminados, sino de afectaciones concretas a los derechos de los postores en un proceso de selección que constituyan una situación objetiva que amerite una acción”.

El problema que se presenta en la actual normativa es la reiteración y ampliación de la instancia única, o la persistencia en la eliminación de la doble instancia (Apelación y Revisión). A lo que se debe agregar el incremento de la discrecionalidad de las distintas entidades públicas las que podrán resolver dichos recursos, pero y esto es lo nuevo, como instancia única administrativa.

Si se asume que la doble instancia administrativa respecto de los recursos impugnativos más que un derecho, es una carga para los administrados por cuanto, como hemos dicho a través de ella la Administración revisa y controla los actos de los niveles inferiores, y que constituye una forma de diferir el acceso a la justicia ordinaria por parte del administrado, se podrá entender que más importante que establecer la doble instancia se encuentra el hecho de brindar al administrado las garantías suficientes para que pueda recurrir en oportunidad al Órgano Jurisdiccional a fin de alcanzar la tutela correspondiente⁶³³.

Este es el criterio que parece haber animado al legislador y que en términos reales implica que agotada la vía administrativa en la Entidad o en el Tribunal, según sea el caso, el postor tendrá expedito su derecho para recurrir ante el Órgano Jurisdiccional en la vía contencioso administrativa. Esto que puede parecer coherente doctrinariamente, corre el riesgo de colisionar con la realidad del Poder Judicial. ¿Existe capacidad operativa en el Poder Judicial para atender las Demandas y medidas cautelares que con seguridad interpondrán en los distintos juzgados contenciosos administrativos del país los postores que consideren lesionado su derecho por una decisión de la autoridad administrativa de cualquier entidad pública? Inicialmente consideramos que al Poder Judicial se le avecina un significativo incremento de carga y a las entidades paralizaciones de procesos de selección por la interposición de medidas cautelares, pero eso hasta el momento es sólo ficción. Dejemos que la realidad, el mejor criterio de verdad, se encargue de construir su propia historia.

⁶³³ Sobre este tema ver: Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica. Lima, 2003. 686 Págs. Pág. 444.

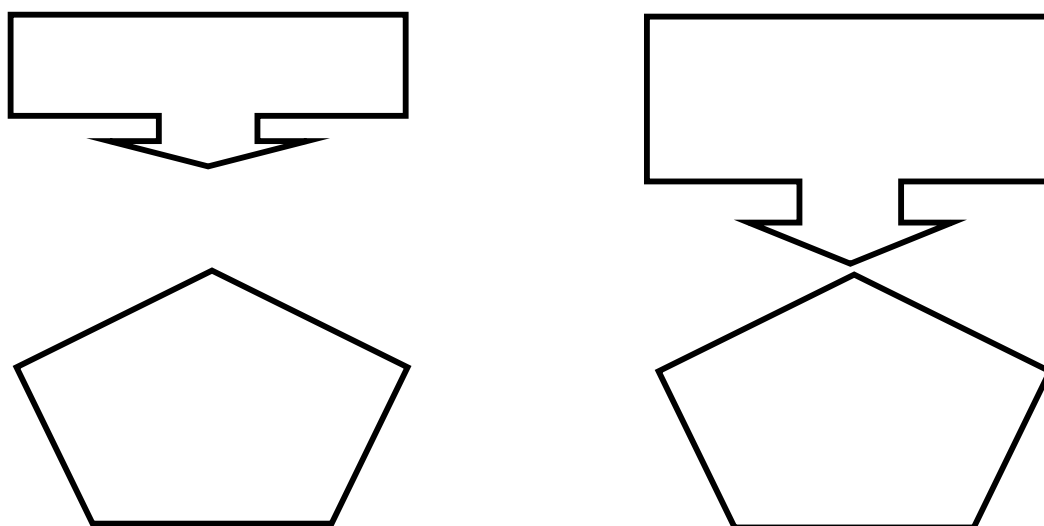
La problemática expuesta es planteada en el Artículo 53° de la LCE, pero es mediatizada por el Artículo 104° del RLCE, tal como podremos seguidamente apreciar. El Artículo 53° de la LCE establece el marco general de los recursos impugnativos, refiriéndose sólo a uno de ellos, el de Apelación. El criterio que se establece respecto de él, es el mismo que el seguido para el tratamiento de las Observaciones, aunque en este caso incrementa la discrecionalidad de las entidades, por cuanto dispone que estas resolverán dichos recursos cuando el Valor Referencial no supere las 600 UITs, a diferencia del caso de las Observaciones donde las entidades sólo pueden pronunciarse cuando el Valor Referencial no exceda las 300 UITs. Por otro lado se indica también que en los procesos de selección donde el Valor Referencial supere las 600 UITs, corresponderá resolver al Tribunal.

Por su parte el Artículo 105° del RLCE reitera dicho criterio pero, a la vez, lo mediatiza cuando indica que independientemente del Valor Referencial “los actos emitidos por el Titular de la Entidad que afecten la continuación del proceso de selección, distintos de aquellos que resuelven recursos de apelación, podrán impugnarse ante el Tribunal”. ¿Cuáles podrían ser esos actos? Veamos, si el Comité Especial es autónomo y es él quien tiene a cargo el desarrollo del proceso de selección, cualquier intervención se referiría a actos que vulnerarían esta autonomía, también la declaratoria de Nulidad de Oficio, cancelaciones, etc.

Otro aspecto que mediatiza la disposición general, y con el cual absolvemos la interrogante que nos formuláramos al inicio del presente trabajo cuando analizábamos los recursos impugnativos en los TLCs, es el referido a la doble instancia administrativa para los recursos impugnativos que interpongan los postores que actúen al amparo de dicha normativa supranacional. Sobre el particular se indica que en aplicación de la Décimo Tercera Disposición Complementaria y Final de la LCE⁶³⁴ “el Tribunal será competente para conocer y resolver las controversias que surjan en los procesos de selección de las

⁶³⁴ “**Décimo Tercera.**- Para definir la instancia que resolverá los recursos impugnativos que se interpongan en los procesos de selección en los que participen proveedores que provengan de países con los que la República del Perú tuviera vigente un tratado o compromiso internacional que incluya disposiciones sobre contrataciones públicas, se aplicarán, de ser el caso, los criterios establecidos en las mismas”.

contrataciones que se encuentran bajo los alcances de tratados o instrumentos internacionales donde se asuman compromisos en materia de contratación pública. Con esta disposición sólo podrían resolverse en la Entidad los recursos impugnativos de los postores nacionales.



Con estas disposiciones se incrementó la discrecionalidad de los funcionarios públicos a fin de agilizar la ejecución del gasto público, con lo que se han establecido las bases para una norma liberal de contrataciones públicas, marco jurídico consistente con el paradigma político-económico hegemónico.

V. CONSECUENCIAS DE LA CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Cuando comenzábamos la labor de contrastación de la presente hipótesis indicábamos que esta era consecuencia de la primera contrastación efectuada, por lo que no se podía comprender a la segunda, sin la primera. En este orden tenemos que en la primera hipótesis nos permitió poner en evidencia el desencuentro de paradigmas y la excesiva volatilidad de la norma, por lo que el desenvolvimiento de la segunda nos debía permitir constatar que dicho desencuentro afectaba las expectativas de los actores políticos incorporadas a la normativa en cuestión.

Así, luego de determinar el escenario en que discurrían las expectativas, procedimos a analizar la relación entre estas y la norma positiva. La conclusión a

la que arribamos es que en una primera fase, la de la Ley N° 26850, no existe coherencia entre discurso político e ideología jurídica; mientras en la segunda, en el Decreto Legislativo N° 1017, esta discordancia ha buscado ser superada. Por lo tanto, podemos afirmar que nuestra hipótesis se ha contrastado en forma positiva sólo en el primer período de estudio, mientras que en el segundo fue de orden negativo.

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y BIBLIOGRAFÍA

I. CONCLUSIONES

1. La revisión de la historia de Occidente nos permite concluir en que esta tuvo un sustrato común, pero que por la dinámica evolutiva, a partir del siglo XVI se produjeron sustanciales diferenciaciones que condujeron a la formulación de racionalidades y modernidades distintas.
Estas racionalidades crearon en sus áreas de influencia singulares visiones del mundo, paradigmas, las mismas que se desarrollaron en forma independiente hasta finales del siglo XVIII, momento en el cual se comenzaron a articular.
2. El desenvolvimiento de la modernidad en Occidente generó, a su vez, dos Paradigmas, el Racional Constructivista y el Racional Evolucionista. Para el primero, el Racional Constructivista, la configuración del orden se hacía a partir de la razón, era ésta la que ordenaba el mundo; para la segunda, la Racional Evolucionista, existe un orden espontáneo, previo a la razón, que primero es reconocido, para luego ser asumido.
3. Los paradigmas citados, se proyectaron en la política, la organización del Estado y en el Derecho de los países de Occidente, configurándose con ello la materialización de las estructuras de conciencia. Así, tuvimos la organización corporativa del Estado español, el Estado Liberal y el Estado Social, que fueron las formas en que se materializaron las estructuras de conciencia generadas por los paradigmas citados.
4. Los paradigmas occidentales se desarrollaron en América Latina con algunas particularidades propias de la región, siendo que en esta parte del mundo el Paradigma Ibérico se presentó como el Colonial, el Paradigma Liberal se presentó como tal luego de las guerras de independencia y bajo la forma de neoliberalismo en el contexto del Consenso de Washington, mientras que el Paradigma del Estado Social cobró forma en el Estado Populista y luego Desarrollista Latinoamericano.
Es en este desenvolvimiento en que se produjo el desfase entre Paradigma político-económico con el jurídico-administrativo.

I.1. Conclusiones en el contexto de las hipótesis

5. El proceso desenvolvimiento y desencuentro de paradigmas no fue ajeno al Perú. La problemática de la discordancia entre la materialización institucional de las estructuras de conciencia y la realidad fue evidente desde los inicios de la República, habiendo quedado como testimonio de ello el inicial debate entre Liberales y Autoritarios.

A inicios de la República y durante algunas décadas del siglo XX se mantuvo vigente el procedimiento de contratación colonial establecido en la Ley de Indias, el mismo que coexistió con el establecido en la Constitución de Cádiz de 1812 de afanes modernizadores. Posteriormente, se aprecia que no existió un procedimiento único para contratar obras, o adquirir bienes, o para contratar servicios, por el contrario, cada contratación generaba un procedimiento singular.

Los intentos por establecer un procedimiento ajeno al establecido en la Ley de Indias fracasaron, por lo que se establecieron procedimientos que otorgaban amplia discrecionalidad a los funcionarios públicos, tanto para convocar, como para contratar y ejecutar el gasto. En esta etapa se incorporaron en la ejecución del gasto público a personas que no tenían la condición de funcionario público, y que carecían de responsabilidad funcional, como es el caso de los notables.

Otra característica de este período es que las constituciones políticas que se promulgaron obviaron cualquier tipo de regulación y, por el contrario, legalizaron la discrecionalidad de los funcionarios y del Presidente de la República en el ámbito objeto de la presente investigación.

6. La corta duración de los ciclos económicos y políticos condujo a que en el país no se configurara un Paradigma hegemónico estabilizador, sino que por el contrario, siempre se estuviera ante un Paradigma de transición.

Esta situación se puede apreciar con mayor nitidez en el siglo XX donde la brevedad de los ciclos condujo que se agudizará el desencuentros entre el Paradigma Liberal y el Paradigma del Estado Social.

7. A partir de 1930 se comienzan a ordenar las contrataciones públicas, habiendo significado las décadas siguientes la promulgación de normas y la acelerada modificación de las mismas, sin importar los signo ideológico del régimen.
8. El desencuentro entre Paradigma Político-Económico con el Jurídico condujo al país a tener un sistema jurídico en contratación administrativa excesivamente regulado e inconsistente con su contexto, situación que ha buscado ser revertida a partir del año 2008.
9. La determinación de las expectativas como vía para analizar los contratos administrativos nos permite establecer los intereses que giran torno a ellos y a la normativa que los regula. Los intereses están en relación directa con la materialidad de las contrataciones estatales, la misma que se ha venido incrementando significativamente en los últimos años.
10. En el Debate Parlamentario previo a la aprobación y promulgación de la Ley N° 26850, se aprecia la ausencia de discurso ideológico-jurídico. La norma no tuvo como objetivo viabilizar un modelo económico, sino de resolver problemas de responsabilidad funcional de altos funcionarios del régimen del Presidente Alberto Fujimori Fujimori.
Ante la ausencia de propuestas programáticas, el debate se centró en denuncias de aprovechamiento indebido del cargo de algún Ministro y, en menor medida, en aspectos de índole técnico.
11. Excluidos los aspectos políticos de discusión, la norma buscaba rediseñar la organización y ejecución de los procesos de selección, unificando procedimientos de selección, contratación, solución de controversias y la creación de un nuevo ente burocrático que se encargaría de supervisar las contrataciones estatales.
En cuanto a los intereses y expectativas, diremos que estos se exteriorizan en tres niveles, el de los altos funcionarios del Estado y los procesos de evaluación internacional, que son puestos en evidencia en el debate; el de la Cámara de Comercio que son presentados por algunos congresistas; y, el de los ejecutores de obras.

12. Es partir del año 2008, con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1017, que se busca establecer correspondencia entre el Paradigma político-económico con el jurídico-administrativo.

RECOMENDACIONES

Esta es una Tesis de análisis sociojurídico, donde más que proponer una norma alternativa como recomendación, de lo que se trata es de señalar lo importante que es para el país tener un sistema normativo coherente con el Paradigma hegemónico. Por ello nuestra recomendación es que antes de legislar se tenga en cuenta que la norma deba ser consistente con el Paradigma hegemónico. En la presente Tesis hemos centrado como objeto de estudio a la Ley de Contrataciones del Estado, pero pudo haber sido otra norma, como el Código Civil, y quizás el resultado hubiera sido el mismo.

Otra recomendación que emerge del estudio efectuado es la urgente necesidad de evitar la volatilidad de la normativa sobre contrataciones del Estado. Debemos por seguridad jurídica tener una norma cierta y permanente, que permita a los actores jurídicos conocerla y administrarla.

Una tercera recomendación es que debemos evitar la excesiva regulación de las contrataciones públicas, por cuanto a través de ellas el Estado dinamiza la economía y permite la circulación de mercancías, la excesiva regulación lo que hace es incrementar el costo de transacción y la demora en la realización del gasto, lo que termina deslegitimando al Estado.

Finalmente, aunque no ha sido objeto de la presente investigación, pero debido a que hemos revisado profusamente la normativa de los últimos doscientos años, debemos indicar que es necesario que el país tenga una sola Ley sobre contratos administrativos.

BIBLIOGRAFÍA

I. Artículos periodísticos

- "Sobrevaloraron algunas compras". El Comercio, Lima, 10 de marzo de 2007.
- "¿Qué esconde una licitación?". El Comercio, Lima, 14 de marzo de 2007
- "Alistan nueva legislación sobre compras estatales". El Comercio, Lima, 09 de marzo de 2007.
- "Compra de patrulleros abre cisma en Gabinete". El Comercio, Lima, 07 de marzo de 2007.
- "Compra de patrulleros queda en 'stand by'". El Comercio, Lima, 07 de marzo de 2007.
- "Del Castillo afirma que nueva ley para adquisiciones estatales beneficiará al Perú". El Comercio, Lima, 19 de marzo de 2007.
- "Ejecutivo trata de acabar con sobrevaloración en licitaciones". El Comercio, Lima, 04 de marzo de 2007.
- "Empresa devolverá S/.11 millones por patrulleros". El Comercio, Lima, 08 de marzo de 2007.
- "Especificaciones técnicas ayudaron a empresa Manasa". El Comercio, Lima, 10 de marzo de 2007.
- "Evalúan denunciar a Mazzetti por delitos de omisión y concertación". El Comercio, Lima, 14 de marzo de 2007.
- "García pide hacer cuanto antes nueva licitación de patrulleros". El Comercio, Lima, 13 de marzo de 2007.
- "Gobierno cancela compra de patrulleros". El Comercio, Lima, 08 de marzo de 2007.
- "Ineficiencia en compras genera pérdidas de S/.1.000 millones al año". El Comercio, Lima, 06 de marzo de 2007.
- "Involucrar al PNUD es una tontería". El Comercio, Lima, 19 de marzo de 2007.
- "MEF mejorará la ley para tener un gasto eficaz". El Comercio, Lima, 18 de marzo de 2007.

- “Ministerio de Economía evalúa reorganización del Consucode”. El Comercio, Lima, 22 de marzo de 2007.
- “Ministro Vallejos no convenció en Comisión de Fiscalización”. El Comercio, Lima, 07 de marzo de 2007.
- “Pilar Mazzetti no es corrupta, tampoco eficiente”. El Comercio, Lima, 07 de marzo de 2007.
- “PNUD da un millón de dólares para mejorar compras estatales”. El Comercio, Lima, 11 de marzo de 2007.
- “Proponen norma para hacer más transparente gasto público”. El Comercio, Lima, 18 de marzo de 2007.
- “Sedapal cancela licitación que pudo causar sobrepago de US\$254.500”. El Comercio, Lima, 26 de marzo de 2007.
- Boza Dibós, Beatriz. “Del consultor: Elaborar lista de infractores”. El Comercio, Lima, 04 de marzo de 2007.
- Contraloría alerta que es mejor anular que resolver contrato de patrulleros . El Comercio, Lima, 16 de marzo de 2007.
- Unger, Tomás. “Del consultor: Adquisiciones: un sistema trabado”. El Comercio, Lima, 04 de marzo de 2007.
- “La situación económica preocupa a los brasileños”, en Diario Oficial El Peruano, Lima 14 de marzo de 1991.
- Lumbreras, Luis Guillermo. “Poder, fuerza y gobierno”. En: Diario Oficial El Peruano, Lima, 16 de marzo de 1991.

II. Informes

- Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. *Informe de Contrataciones Públicas. Demanda, Oferta y Ahorros Nominales 2006*. <http://www.consucode.gob.pe/opcion.asp?ids=11&ido=68>.
- Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. *Informe de Contrataciones Públicas. Demanda, Oferta y Ahorros Nominales 2007*. <http://www.consucode.gob.pe/opcion.asp?ids=11&ido=68>.

- Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. *Reporte de Contrataciones Públicas a Mayo del 2008*. <http://www.consucode.gob.pe/opcion.asp?ids=11&ido=68>.
- Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado- CONSUCODE. Informe de Gestión Enero 2001-Diciembre 2005. www.consucode.gob.pe
- Contraloría General de la República, Presentación del Contralor General en el Seminario –Taller Internacional: La Contratación Estatal. Propuesta de Estrategias para Impulsar el Desarrollo con Transparencia y Equidad. Lima, 12 de diciembre de 2003.
- El Derecho. Revista de Jurisprudencia y Legislación. Órgano del Colegio de Abogados de Lima. Tomo V. 526 págs.
- El Derecho. Revista de Jurisprudencia y Legislación. Órgano del Colegio de Abogados de Lima. Tomo VII. Años 1898-1899. Lima. Librería e Imprenta Gil. 804 Págs. Pág. 520.
- El Derecho. Revista de Jurisprudencia y Legislación. Órgano del Colegio de Abogados de Lima. 1904. Imprenta Liberal, 1904. 468 Págs.
- Gerencia de Planificación, Presupuesto y Cooperación del CONSUCODE. Boletín de las Entidades Contratantes, Año Fiscal 2005.. Lima, Febrero de 2006.

III. Diario de Debates

- Diario de Debates del Congreso de la República cuando se discutió y aprobó la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

IV. Legislación

- Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y sus modificatorias.
- Reglamento de la Ley N° 26850 y sus modificatorias.
- La amplia normativa que se cita ha sido tomada de:
El Peruano. Diario Oficial. 1828-1941.

Revista Normas Legales. Editorial Normas Legales. Trujillo-Perú. Años 1942-1997.

V. Textos

- Alterini, Atilio Aníbal. Contratos. Teoría General. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1999.
- Althusser, Louis. Montesquieu, la Política y la Historia. Editorial Ciencia Nueva, S.L. Puebla, 3 Madrid. 105 Págs.
- Álvarez Rodrich, Augusto. Del Estado empresario al Estado regulador. En: PERU 1964-1990. Julio Cotler (editor). Instituto de Estudios Peruanos. Lima, 1995. 314 Págs.
- Ángel Russo, Eduardo. Teoría General del Derecho en la Modernidad y en la Posmodernidad. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, 1995.
- Anna, Timothy E. España y la Independencia de América. Fondo de Cultura Económica. México, 1986. 347 Págs.
- Avdakov Poliansky y otros. "Historia Económica de los Países Capitalistas". Editorial Grijalbo S.A. México, 1965. 590 Págs.
- Basadre Grohman, Jorge. Historia de la República del Perú. T XIII.
- Basadre, Jorge. Historia de la República del Perú. Sétima Edición. Tomo I. Editorial Universitaria. Lima, 1983. 284 Págs. Pág. 134.
- Basadre, Jorge. Historia de la República del Perú. Sétima Edición. Tomo II. Ibid. 322 Págs. Pág. 256.
- Basadre, Jorge. Historia de la República del Perú. Sétima Edición. Tomo III. Ibid. 402 Págs.
- Basadre, Jorge. Historia de la República del Perú. Sétima Edición. Tomo V. Ibid. 506 Págs. Capítulo XII.
- Basadre, Jorge. Historia de la República del Perú. Sétima Edición. Tomo VII. Ibid. 481 Págs. Pág. 27.
- Basadre, Jorge. Historia de la República del Perú. Sétima Edición. Tomo VIII. Ibid. Págs. 143.

- Basadre, Jorge. PERU Problema y Posibilidad. Librería Studium. Lima, 1987. 425 Págs. Pág. 50.
- Berman, Harold J. "La formación de la tradición jurídica de Occidente". Fondo de Cultura Económica. México, 1966. 674 Págs.
- Berman, Marshall. Brindis por la Modernidad. En: El Debate Modernidad Pos-modernidad. Cosullo, Nicolás (Compilador). Punto Sur S.R.L. Buenos Aires, 1989. 399 Págs.
- Bielschowsky, Ricardo. Evolución de las ideas de la CEPAL.
- Bobbio, Norberto. Liberalismo y democracia. Fondo de Cultura Económico. México, 1989. Pág. 17. 114 Págs.
- Bobi, Norberto. Thomas Hobbes. Fondo de Cultura Económica. México, 1995. Pág. 16.
- Contante, Pietro. "Historia del Derecho Romano". Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1944. 600 Págs. Pág. 87.
- Bonilla, Heraclio. El Perú entre la Independencia y la Guerra con Chile. En: Historia del Perú. Perú Republicano. Tomo VI. Editorial Juan Mejía Baca. Lima, 1981. Págs. 399, 401, 402 y 413.
- Bonilla, Heraclio. Guano y Burguesía en el Perú. Instituto de Estudios Peruanos. Ibid. Págs.40 y 105.
- Burga, Manuel; Flores Galindo, Alberto. Apogeo y crisis de la República Aristocrática. Ediciones Rikchay Perú, Lima, 1981. 235 Págs.
- Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VIII. Editorial Heliesta. Buenos Aires, Argentina. 1989. 476 Págs.
- Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. Tomo VI, Buenos Aires, 1989.
- Cardiel Reyes, Raúl. Los filósofos modernos en la Independencia Americana. Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Autónoma de México, México, 1964. 306 Págs.
- Cardoso, Ciro F.S; Pérez Brignoli, Héctor. Historia económica de América Latina. Tomo I. Sistemas agrarios e historia colonial. Editorial Crítica. 232 Págs. Pág. 151.

- Carvallo, Adolfo. Métodos de Interpretación en la Ciencia del Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Prensas de la Escuela de derecho de Valparaíso. 1962. 49 Págs. Pág. 14.
- Correas, Óscar. Sociología del Derecho y Crítica Jurídica. Fontamara. México, 1998. 224 Págs.
- Cosullo, Nicolás. Un debate para reiniciar la crítica. En: El Debate Modernidad post Modernidad. Cosullo, Nicolás (Compilador). Punto Sur S.R.L. Buenos Aires, 1989. 399 Págs.
- Cotler, Julio. Clases, estado y nación en el Perú. Instituto de Estudios Peruanos. Lima, 1978. 407 Págs. En Capítulo 1 La herencia colonial.
- Cotler, Julio. Política y Sociedad en el Perú. Instituto de Estudios Peruanos. Lima, 1994. 235 Págs.
- Dancuart, Emilio. Anales de la Hacienda Pública en el Perú. Imprenta de "La Revista". Lima, 1907Tomo III. 233 Págs.
- De Althaus, Jaime. La Revolución Capitalista en el Perú. Fondo de Cultura Económica. Lima, 2007. 333 Págs.
- De la Peña, Sergio. El antidesarrollo de América Latina. Siglo veintiuno editores s.a. México, 1975. 205 Págs. Pág. 159.
- De Savigny, F. *De la Vocación de nuestro siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho*. Editorial Atalaya. Buenos Aires, 1946. 172 Págs.
- De Soto, Hernando. "El Misterio del Capital". Empresa Editora El Comercio. Lima, 2000. 287 Págs.
- De Soto, Hernando. El Otro Sendero. Instituto Libertad y Democracia. Séptima Edición. Lima, 1987. 317 Págs.
- Descartes, René. Discurso del Método. Mestas Ediciones. Madrid, 2001.
- Di Tella, Torcuato S. Autoridad y Liberalismo en la tradición política latinoamericana. En: Transición a la democracia en América Latina. Orrego Vicuña, Francisco (Compilador). Grupo Editor Latinoamericano S.R.L., Bs. As.-Argentina, 1985.

- Di Tella, Torcuato S. Populismo y Reformismo. En: Germani, Gino y otros. Populismo y contradicciones de clase en Latinoamérica. Ediciones Era S.A. México, 1973.
- Díaz, Esther, La ciencia y el imaginario social, Editorial Biblos, 1996. Bs. As.
- Donoso, Pedro. Introducción al Discurso del Método. En: Descartes, René. Discurso del Método. Mestas Ediciones. Madrid, 2001.
- Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. Ciudad Argentina, Buenos Aires. Pág. 475.
- Dussan Hitscherich, Jorge. El Estado Administrativo. Tesis de Grado para optar el Título de Abogado. Bogotá, 1990.
- Engels, Federico. "El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado". Editorial Claridad, Novena Edición. Buenos Aires, 1971. 207 Págs. Pág. 197.
- Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Metodología y Técnica de la Interpretación Jurídica. Publicaciones de la U.E.C. Bogotá, 1965. 80 Págs. Págs. 15, 16.
- FitzGerald, E.V.K. La Economía Política del Perú 1956-1978. Instituto de Estudios Peruanos. Lima, 1981. 429 Págs.
- Friedman, Milton y Rose. *Libertad de elegir*. Ediciones Orbis. Ediciones Grijalbo, 1980. 436 Págs.
- Friedschnitman, Dora. Nuevos Paradigmas. Editorial Paidós, México, 1998.
- Fucito, Felipe. Sociología del Derecho. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1993. 577 Págs.
- Galán y Gutiérrez, Eustaquio. La Filosofía Política de Santo Tomás de Aquino. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945. Pág. 9.
- García Calderón, Francisco. Diccionario de la Legislación Peruana. Segunda Edición. Lima, 1879. 1845 Págs.
- García De Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I.
- García Pérez, Alán. Por un Perú Moderno. En: Por un Perú Moderno. Decretos Legislativos. Presentación y guía por Alán García. Edición Oficial.

- Gouldner, Alvin. "La Crisis de la Sociología Occidental". Amorrortu Editores. Buenos Aires, 1970. 467 Págs.
- Graña, Alberto. Actualidad Económica N° 63.
- Graña, Alberto. El juego de naipes en la reinserción internacional. En: Revista Actualidad Económica, especial N° 13, Lima, mayo de 1989.
- Habermas, Jurgen. Facticidad y Validez. Editorial Trolla S.A. Madrid, 1988. 689 Págs.
- Habermas, Jurgen. La Reconstrucción del Materialismo Histórico. Taurus Ediciones- Santillana S.A. Madrid, 1992. 315 Págs.
- Habermas, Jurgen. Teoría de la Acción Comunicativa. Tomo I. Taurus. Madrid, 1988. 517 Págs.
- Halperin Donghi, Tulio. Historia contemporánea de América latina. Alianza Editorial. Quinta reimpresión. Madrid, 2004. 750 Págs.
- Hayek, Friederich A. Derecho, Legislación y Libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política. Unión Editorial S.A. Madrid, 1985. 328 Págs.;
- Hayek, Friedrich A. Derecho, Legislación y Libertad. Volumen 3. Unión Editorial. Madrid, 1976. 360 Págs.
- Hegel, Guillermo. Filosofía del Derecho. Editorial Claridad. Bs. As. Argentina, 1987.
- Hernández – Gil, A. Las Direcciones Metodológicas en la Ciencia del Derecho y la Consideración de la Realidad Social. Instituto Editorial REUS. Madrid, 1944. 32 Págs. Pág.9.
- Hobbes, Thomas. De Cive. Alianza Editorial. Madrid, 2000. 351 Págs.
- Hobbes, Thomas. El Leviatan. Fondo de Cultura Económica. México, 1996. 618 Págs.
- Ianni, Octavio. La formación de estado populista en América Latina. Ediciones Era S.A. México, 1975. 177 Págs.
- Iglesias, Enrique V. El papel del Estado y los paradigmas económicos. En Revista de la CEPAL N° 90-Diciembre del 2006.

- Iglesias, Juan. "Derecho Romano, Instituciones del Derecho Privado". Volumen Primero. Ediciones Ariel. Barcelona, España, 1952. 328 Págs.
- Kaplan, Marcos. El Presidencialismo Latinoamericano. En: Contribuciones. Publicación trimestral de la Konrad – Adenauer – Stiftung A.C. – Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano CIEDLA. Año II- N° 1 (5) – Enero – Marzo, 1985. Bs. As. Argentina.
- Kossok, Manfred. Revolución, Estado y Nación en la Independencia. En: Problemas de la formación del Estado y de la nación en Hispanoamérica. Editado por: Buisson, Inge; Kahle, Gunter; y otros. Internationes. Bonn, 1984.
- Kuhn, Tomás. La Estructura de las Revoluciones Científicas. México, Brevarios del Fondo de Cultura Económica, México, 1992. 319 Págs.
- Larenz, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Editorial Ariel. Barcelona, 1980.
- Locke, Jhon. Ensayo sobre el Entendimiento Humano. Fondo de Cultura Económica. Santa Fe de Bogotá, Colombia 2000. 753 Págs.
- Locke, Jhon. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Alianza Editorial, Madrid, 1994. 238 Págs. Pág. 36.
- López, Sinicio. El Dios Mortal. Estado, sociedad y política en el Perú del siglo XX. Instituto Democracia y Socialismo. Lima, 1991. 263 Págs. Pág. 37.
- Lumbreras, Luis Guillermo. "Poder, fuerza y gobierno". En: Diario Oficial El Peruano, Lima, 16 de marzo de 1991.
- Mac Lean, Roberto. "“El Otro Sendero” y el Derecho". En: THEMIS, Revista de Derecho. Segunda época/1987/N° 8. Pág. 11.
- Maquiavelo, Nicolás. Obras Políticas. "Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio". Obras Políticas. Editorial Ciencias Sociales. La Habana, Cuba. 1971. 373 Págs. Pp. 57 a la 300.
- Maravall, José Antonio. Estado Moderno y Mentalidad Social 1. Siglos XV a XVII. Alianza Editorial, Madrid 1986.
- Mariátegui, José Carlos. 7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana. Biblioteca Amauta. Lima, 1975. 351 Págs. Pág. 16.

- Martínez López-Muñiz, José Luis. *Naturaleza de los Contratos Públicos a la Luz del Derecho Español, su Fundamento y sus Consecuencias*. En: Obra Homenaje al Prof. Miguel Marienhoff. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Marx, Carlos. "La acumulación Primitiva". *El Capital*. Tomo I. EDAF. Madrid, 1967, págs... 752-825.
- Marx, Carlos. Introducción General a la Crítica de la Economía Política – 1857. Colección Fondo de Cultura Popular 18. EPASA. Lima – Perú. 64 Págs. (Sin fecha, ni número de edición.)
- Marx, Carlos; Engels, Federico. *La Ideología Alemana*. Coedición: Ediciones Pueblos Unidos. Montevideo – Ediciones Grijalbo. Barcelona. Barcelona, 1974. 746 Págs.
- Maynz, Carlos. "Curso de Derecho Romano" Tomo I. Jaime Molina, Editor. Barcelona - España, 1892. 990 Págs. Pág. 32.
- Mejía S. David. "Breve Reseña de los Caracteres del Derecho Romano Pre - Justiniano". En: *Revista Universitaria*, año XXXI, primer semestre de 1942, N ° 82. Universidad Nacional del Cuzco. 240 Págs.
- Messineo, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires, 1986. T. I.
- Montesquieu. Libro XI del "Espíritu de las Leyes". Ediciones ORBIS S.A. Bs. As., 1984.
- Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica. Lima, 2003. 686 Págs.
- Morse, Richard. *El Espejo de Próspero*. Editorial Siglo XXI, México, 1982.
- Nieto, Juan Crisóstomo. Colección de leyes, decretos y órdenes de la República del Perú. Tomo 8. Imprenta de la Colección, Lima, 1852. 405 Págs.
- Oviedo, Juan. Colección de leyes, decretos y órdenes en el Perú desde el año 1821 hasta el 31 de diciembre de 1859. Tomo I. Ministerio de Hacienda y Comercio.. Lima, 1879. 494 Págs.
- Pacheco G., Máximo. "Teoría del Derecho". Editorial Jurídica de Chile. Cuarta Edición. 1990. Pág. 445.

- Paz, Octavio. Tiempo Nublado. Editorial Seix Barral, Biblioteca de Bolsillo. 1986. Pág. 165.
- Pérez, Ana Rosa. Khun y el cambio científico. Fondo de Cultura Económica México.
- Portocarrero M., Gonzalo. Ideologías, funciones del Estado y políticas económicas Perú: 1900-1980. En: Debates en Sociología N° 9. Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento de Ciencias Sociales.
- Portocarrero, Félix; Beltrán, B., Arlette; Zimmerman N., Alex. Inversiones Públicas en el Perú (1900-1968) una aproximación cuantitativa. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (CIUP), Lima, agosto de 1988.
- Poulantzas, Nicos. Poder Político y Clases Sociales en el Estado Capitalista. Siglo XXI editores. México, 1979. 471 Págs.
- Puente Arnao, José Angulo. Leyes, reglamentos y resoluciones de carácter general del Ministerio de Fomento y sus dependencias. Imprenta La Industria. Lima, 1907. 358 Págs.
- Resnik, Mario Héctor. Paradigmas conceptuales en la Ciencia Política. Pág. 17
- Rodríguez O., Jaime E. El Nacimiento de Hispanoamérica. Vicente Roca fuerte y el hispanoamericanismo, 1808-1832. Fondo de Cultura Económica. México, 1980.
- Romero, J.L.; Romero, L.A. Pensamiento Político de la Emancipación. Biblioteca Ayacucho. Volumen XXIII. Caracas, Venezuela, 1977. Prólogo. Pág. XIV.
- Sabine, George H. Historia de la Teoría Política. Fondo de Cultura Económica. Duodécima reimpresión México, 1991. 677 Págs.
- Sánchez G, Walter. Liberalismo y Populismo en América Latina. En: Transición a la Democracia en América Latina. Orrego Vicuña, Francisco.
- Santos de Quiróz, Mariano. Colección de leyes, decretos y órdenes en el Perú desde se Independencia en el año 1821 hasta el 31 de diciembre de 1830. Tomo II. Imprenta José Masías. Lima, 1832. 561 Págs.

- Schilling, Paulo R. Africanización de la economía. En: Diario Oficial El Peruano, Lima, 02 de noviembre de 1990. Ver también: "La situación económica preocupa a los brasileños", en Diario Oficial El Peruano, Lima 14 de marzo de 1991.
- Schmidheiny, Stephan. Prólogo al "El Misterio del Capital" de Hernando De Soto. Empresa Editora El Comercio. Lima, 2000. 287 Págs.
- Smith, Adam. Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones. Fondo de Cultura Económica. México, 2004. 917 Págs.;
- Smith, Adam. Teoría de los sentimientos morales. Fondo de Cultura Económica. México, 2004. 133 Págs.
- Stoetzer, O. Carlos. El Pensamiento Político en la América Española durante el período de la Emancipación (1789-1825) Vol. I. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966. 247 Págs.
- Stoetzer, O. Carlos. El Pensamiento Político en la América Española durante el período de la Emancipación (1789-1825) Vol. II. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.
- Tarello, Giovanni. Cultura jurídica y política del derecho. Fondo de Cultura Económica. México, 1995. 439 págs.
- Timashef, Nicholas S. "La Teoría Sociológica". Fondo de Cultura Económica. México. Décimo Cuarta reimpresión, 1989. 397.
- Vargas Llosa, Mario. Prólogo a El Otro Sendero. Ibid.
- Vives, Vines. Diccionario Terminológico. Edición Vines Vives, España, 2003.
- Weber, Max. Economía y Sociedad. Fondo de Cultura Económica. México. Octava reimpresión, 1987. 1237 Págs.